

VIRO

ILLUSTRISSIMO AMPLISSIMO

DOCTISSIMO

**CHRISTOPHORO REINH. THEOD.
MARTIN**

**IURIS UTRIVSQUE DOCTORI MAGNI DUCIS VIMARIENSII ET
ISENACENSII A CONSILIIS IUSTITIAE INTIMIS SUMMI MAGNI
DUCIS ET DUCUM SAXONIAE PRINCIPUMQUE RUTHENIAE
PROVOCATIONUM IUDICII CONSILIARIO**

FAUTORI AC PRAECEPTORI

DILECTISSIMO

SUMME VENERANDO

VIRI

PLACENTISSIMO AMPLISSIMO

DOCTISSIMO

CHRISTOPHORO REINH. THEOD.
MARTIN

IN HOC VOLUMINE DOCTUS REINHOLDUS THEODORUS
MARTINUS A. DOCTUS REINHOLDUS THEODORUS
MARTINUS A. DOCTUS REINHOLDUS THEODORUS
MARTINUS A. DOCTUS REINHOLDUS THEODORUS

PAULUS DE FRACCEPTORIS

PLACENTISSIMO

PLACENTISSIMO

NEC NON

**CAROLO IOANNI HENRICO
HÜBBE**

VERBI DIVINI IN AEDIBUS ORPHANOTROPHEI HAMBURGENSIS
MINISTRO SCHOLARUMQUE PRAEFECTO

PATRI CARISSIMO

HOC OPUSCULUM

INTIMAE PIETATIS GRATIQUE ANIMI

MONUMENTUM EXIGUUM

D. D. D.

AUCTOR.

3

NEW YORK

CAROLO IOHANNI HENRICO

HÜBNER

LIBRARY OF THE
MINISTRO DELLO SCULTORATO E ARCHITETTURA

PATRI CARISIMO

HOE OSTERMANN

INTIMAE PIETATIS GRATULOE ANNI

MONUMENTUM EXIGUUM

M. D. D.

LECTOR

DE

EXCEPTIONE REI IUDICATAE.

CAPITULUM I.

DE EXCEPTIOE REI IUDICATAE.

- § 1. De generali notione rei iudicatae.
- § 2. De differentiis rei iudicatae in re et in iure.
- § 3. De speciebus rei iudicatae in re et in iure.
- § 4. De effectibus rei iudicatae in re et in iure.
- § 5. De rationibus rei iudicatae in re et in iure.
- § 6. De rationibus rei iudicatae in re et in iure.
- § 7. De rationibus rei iudicatae in re et in iure.

CAPITULUM II.

- § 1. De rationibus rei iudicatae in re et in iure.
- § 2. De rationibus rei iudicatae in re et in iure.
- § 3. De rationibus rei iudicatae in re et in iure.
- § 4. De rationibus rei iudicatae in re et in iure.
- § 5. De rationibus rei iudicatae in re et in iure.
- § 6. De rationibus rei iudicatae in re et in iure.
- § 7. De rationibus rei iudicatae in re et in iure.

DE
EXCEPTIONE REI IUDICATAE

CONSPECTUS.

EXPOSITIO.

CAPUT I.

DE EXCEPTIONUM ORIGINE ET USU.

- §. 1. De actionum ante legem Aebutiam natura.
- §. 2. De defensionibus, quibus rei hoc tempore utebantur.
- §. 3. De agendi modo per legem Aebutiam duasque Iulias commutato.
- §. 4. De exceptionum origine, et usu vigente ordine iudiciorum.
- §. 5. De exceptionum usu abolito ordine iudiciorum.
- §. 6. De rei iudicatae exceptionis origine.

CAPUT II.

DE VERA REI IUDICATAE EXCEPTIONIS IN IURE IUSTINIANO NATURA ET INDOLE.

- §. 1. Introductio.
- §. 2. Generalia quaedam de rei iudicatae exceptione.

- §. 3. De eadem re sensu strictiore.
- §. 4. De eadem petendi causa.
- §. 5. De eadem personarum conditione.
- §. 6. De remediis contra iniquam rei iudicatae exceptionem.

C O N T E N T U S

LXIIII

C A P I T U L U M I

DE EXCEPTIOIBUS ORIGINARIIS ET IUS

- §. 1. De actionibus ante legem Roberti actis.
- §. 2. De actionibus quibus et hoc tempore actis.
- §. 3. De agendi modo per legem Roberti actis.
- §. 4. De exceptionibus originariis et non vigentibus in
- §. 5. De exceptionibus non originariis et non vigentibus in
- §. 6. De rei iudicatae exceptionibus originariis.

C A P I T U L U M II

DE VERA RE IUDICATA EXCEPTIOIBUS IN IURE IUSTITIAE
NATURA ET IUS

- §. 1. De iudicio.
- §. 2. De exceptionibus quibus et hoc tempore actis.

EXPOSITIO.

Cogitanti mihi rei iudicatae exceptionis naturam atque indolem diligentius uberiusque demonstrare, necessarium videbatur, non modo singularis huius instituti incunabula anquirere, sed etiam omnino de exceptionum origine ea, quae ex veterum scriptis palam cognoscantur, breviter priore libelli capite colligere, quippe quia nulla facile pars doctrinae iuris civilis, nisi ex tota eius continuatione serieque intelligatur. Quum enim iuris civilis ratio facile cum iis, quae in foris nostris vigent, confundatur, ne aliena et incommoda in eam irrepant principia, historia eius subtiliter et enucleate investiganda est. Minime vero mihi proposui, omnem Romanorum tam veterem quam recentiore in iudiciis agendi modum ab initio plene ac verbose pertractare. Ea tantum succincta narratione praemittam, quae exceptionum originem potissimum attingunt, atque ad alteram commentationis partem aperte illustrandam necessaria esse videntur. Deinde ipsam rei iudicatae exceptionem aggrediens, tum in iis, quibus

propria exceptionis natura continetur, secundum iuris
Iustiniani principia disquirendis, tum in difficilioribus
legibus, quae controversiarum fortasse ansam dent,
interpretandis, imprimis versabor.

CAPUT I.

DE EXCEPTIONUM ORIGINE ET USU.

§. 1.

De actionum ante legem Aebutiam natura.

Primo tempore Romani iis actionibus, quae sive usu ac more receptae, sive regum aut consulum arbitrio comparatae erant, in iudiciis privatis usi sunt, et demum, vetere agendi modo duodecim tabulis confirmato, legitimam agendi formam, quae legis actio vocabatur, obtinuerunt ¹⁾. Cuius legis actionis non omnes modos decemviri in lege duodecim tabularum ordinaverant, sed multo etiam post aliae leges numerum eorum auxerunt ²⁾. Duodecim enim tabulae genera-

1) L. 2. §. 1. 4-6. D. de O. I.

2) Pomponius de legis actionibus in L. 2. §. 6. D. de O. I. hisce verbis loquitur: „deinde ex his legibus, eodem tempore fere, actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent, quas actiones, ne populus prout vellet institueret, certas solennesque esse voluerunt, et appellatur haec pars iuris legis actiones, id est, legitimae actiones.“ Inde vero non licet conicere legis actiones ab ipsis duodecim tabulis non esse introductas, quod minime verum est; sed potius sic ea verba intelligenda sunt, ut generaliter tantum decemviri lege agere sanciverint, et de modis, quibus in singulis causis

lem sacramenti actionem et in rem et in personam ³⁾, qua lites iudicarentur, confirmaverunt, iudicatique executionem per manus iniunctionem ⁴⁾ fieri sanciverunt ⁵⁾.

Quum vero perspicuum sit ⁶⁾, consules olim, ac postea praetores et ipsos potuisse causas disceptare, et iudicis dandi potestatem habuisse, semper eos in sacramenti actione iudicasse, iudicisque rogationem lege demum Pinaria in consuetudinem venisse arbitror. Quam ob rem in illa Gaii commentarii lacuna ⁷⁾ pro »antea eam autem legem confestim dabatur iudex« cum viro doctissimo van Hasselt ⁸⁾ »nunquam« legendum esse existimo. Unde apparet, Gaium de genuina sacramenti actionis forma non disserere, sed potius ea,

actio adhiberetur, sive prudentium responsa, sive fori usus, haud exigui fuerint momenti. Cf. e. g. Cic. de off. III. c. 16. pr. I. si quadr. pauper. Dirksen Uebersicht d. Vers. z. Kritik u. Herstellung d. Text. d. Zwölftafeln. Leipz. 1824. p. 102. 103. Quocum Gaius (IV. §. 11. 30.) etiam non male consentire videtur, quia generaliter tantum profert: „legibus proditae sunt.“ Huiusmodi ratione igitur vetus ius tripartitum vocari poterat, id est, leges duodecim tabularum, ius civile sive disputatio fori, et denique legis actiones L. 2. §. 6. 8. 12. 38. D. eod.

3) Gai. IV. §. 13. „Sacramenti actio generalis erat.“ Ibid. §. 16. et §. 20.

4) Gai. IV. §. 21. Gell. XX. c. 1. Cf. etiam De Schröter Obs. iur. civ. Ienae 1826. p. 24. not. 35.

5) Neque enim loquor de pignoris captione, quae non proprie legis actio erat. Gai. IV. §. 29.

6) Cic. de legg. III. c. 3. „Iuris disceptator, qui privata iudicet, iudicarive iubeat, praetor esto.“ Vide etiam I. F. L. van Hasselt de legis actionibus. Groningae. 1824. p. 52. De Tigerstroem de iudicib. apud Rom. Berol. 1826. §. 1.

7) Gai. IV. §. 15.

8) L. 1. p. 51.

quae de iudicis datione dicit, ad commutatam seriore tempore, amplificatamque actionis conditionem pertinere. Deinde Gaius de iis actionibus disputat, in quibus ipsi magistratus non iudicabant, sed lites per iudicem postulatum disceptabantur. Huius tamen iudicis postulationis definitio ac natura propter vitiosam textus conditionem accuratior nobis tradita non est. Videamus igitur, quomodo haec legis actio illustranda sit.

Gaius dicit, sacramenti actionem esse generalem, de quibusdam autem rebus, ut aliter ageretur, lege cautum fuisse. Quas quidem causas ad iudicis postulationem spectare necesse est, quia eo tempore nullo alio modo agi disceptarique poterat. Manus enim iniectio ex sola iudicati causa permittebatur, pignoris capio omnino extra iudicium fiebat, condictio nondum in usu erat. Igitur quaerendum est, quaenam causae a sacramenti actione exceptae sint. Quam quidem difficillimam quaestionem sine ulla dubitatione exploreteque dissolvere propter maximam fontium tenuitatem non audeam. Paucis tamen patefaciam, quae mihi verisimillima, reiue naturae maxime convenientia videntur. Nimirum existimo, iudicem in illis bonae fidei negotiis ⁹⁾, quae decemvirorum tempore iam erant in usu, ad dirimendam controversiam, ac transigendam esse postulatum. Itaque arbitror, Ciceronem de bono

9) Animadvertendum enim est, Romanos bonae fidei iudicia semper singillatim enumerasse et pro exceptis causis habuisse, (§. 28. I. de act. Cic. de off. III. c. 17.) quamquam nomina stricti iuris, bonae fidei, arbitrariarumque actionum seriore demum tempore in usum veniebant.

iudice disputantem iudicis postulationem his verbis respicere:

— »praeclarum a maioribus accepimus morem rogandi iudicis, si eum teneremus, quae salva fide facere possit.« ¹⁰⁾

Haec enim sunt iudicia, quae saepissime inter homines occurrunt, quorum ex plerisque contrariae oriuntur actiones, quibusque, ut Cicero ait, vitae societas continetur ¹¹⁾. In illis igitur maxime iudex partium consensu electus ¹²⁾ desiderabatur, periculosaque actio sacramenti, quae victum pecunia mulctabat, male conveniens videbatur. Verum enim iudex, sive arbiter ¹³⁾, omnem causam sua vi ac potestate dirimebat, neque a consule, confirmata electione, ullo modo dependebat. Omnia autem iudicia de certa pecunia, sive omni certa re, tunc temporis sacramento agebantur ¹⁴⁾. Illae vero actiones, quae postea arbitrariae nominantur, sive aliam habebant naturam, veluti iniuriarum actio, qua certa poena petebatur ¹⁵⁾, sive plane incognitae erant, et postea demum aliis legibus edictisque praetoriis proditae sunt. Actiones quidem in rem, quae non

10) Cic. de off. III. c. 10.

11) Cic. l. l. c. 17.

12) Cic. pro Cluentio. c. 43.

13) Tunc temporis iudex et arbiter non discernebantur et quasi in uno erant coniuncti. Cf. v. Hasselt l. l. p. 54. Dirksen l. l. p. 101. Cic. de republ. V. c. 2. At verisimile est, ut is, qui hac legis actione utebatur, „iudicem arbitrumve“, ne causa caderet, coniunctim deberet postulare, quia Ciceronis adhuc tempore Icti fluctuabant, iudex an arbiter esset dicendus. Cic. pro Murena. c. 12.

14) Gai. IV. §. 13.

15) Gai. III. §. 223.

proprie actiones vocantur, sacramento, praecedente vindicationis ritu, agebantur; in illis tamen consulis arbitrium non desiderabatur, sed praedes litis et vindiciarum adversario dabantur.

Superest, ut pauca de quodam Gaii loco afferam, cuius verba huic de iudicis postulatione opinioni obstare videntur.

»Quare autem haec actio (scil. condictio) desiderata sit, quum de eo, quod nobis dari oportet, potuerimus sacramento, aut per iudicis postulationem agere, valde quaeritur«¹⁶).

Inde coniicere posses, iudicem etiam in controversiis de certa pecunia, vel alia certa re, esse postulatum, quippe quia et in his causis per iudicis postulationem agi potuisse, Gaius contendat. Quod longe mihi videtur secus. Nam primum animadvertendum est, quae-
nam fides verbis illis, quibus ipse auctor ignorantiam suam profitetur, tribuenda sit. Deinde (ut inscitiae suspicionem Gaium liberare conemur) si eam fortasse sententiam verbis eius subiiciamus, non opus fuisse solenni conductionis ritu, sed simplicem iudicis postulationem suffecisse: profecto tamen perspicuum erit, hanc legis actionem non satis aptam atque idoneam fuisse, quum postea duae latae sint leges, quae novam actionem introducebant. Si vero meam de legis actionibus opinionem persequor, facile rationem, qua condictio introducta est, inveniam. Iam enim non ignoramus, hanc legis actio-

16) Gai. IV. §. 20.

nem constitutam esse per legem Siliam et Calpurniam, de quarum aetate viri docti inter se dissentiunt ¹⁷⁾. Ego mihi persuasum habeo, eo tempore eas latas esse, quo augescente civitate civium crescebat multitudo, lites in dies augebantur, et praetor, quod haud dubie iam ante legem Aebutiam evenit, tam multas causas ipse diiudicare non poterat. Hac de causa, in controversiis de certa pecunia, vel omni certa re, iudicem, ut antea solum in arbitriis ¹⁸⁾, postulare permissum est ¹⁹⁾, ut iam duobus modis, sive sacramento, sive condictione, de certis rebus agere liceret. Quum vero in solennis sacramenti actionis locum conditio institueretur, simplex iudicis postulatio non competebat, sed et denunciationis ritum, aliasque formas solennes novae leges constituerunt ²⁰⁾. Deinde vero sexti seculi, ut mihi videtur, initio in sacramenti quoque actione per legem Pinariam ad condictionis modum post diem trigesimum iudex dabatur ²¹⁾. Quo factum est, ut ipse praetor nunquam amplius rem iudicaret. Eodem enim tempore (513) centumviri, apud quos de vindicationibus certaretur, ex XXXV tribubus electi sunt.

17) Vide v. Hasselt l. l. p. 155. Dupont disquis. in Gaii Comm. IV. Lugd. B. 1822. p. 26. Burnouf. de re iudicata. Paris 1824. p. 5.

18) Ciceronis etiam tempore bonae fidei iudicia arbitria vocabantur. Cic. de off. III, c. 17.

19) Gai. IV. §. 18.

20) Gai. l. c. Propter textus lacunam totum ritum non comperimus.

21) Gai. IV. §. 15. comp. §. 18. Neque enim ullam rationem invenio, cur omnino, si antea iam iudex daretur, lata esset lex Pinaria. Nam triginta illorum dierum causa specialem legem exstitisse valde dubito, praesertim quum Romani posteriore tempore actionum ritus certo diminuere magis, quam augere studerent.

Haec de actionibus ante legem Aebutiam dicta sunt. Ego vero sententiam meam iam satis probatam esse, multum abest, ut existimem. Sed quia diligentior eius persecutio longius me a proposito meo avocaret, praesertim quum res propter altum veterum de hac re silentium magis argumentis, quam testimoniis sustentanda sit, plura de ea dicere omitto.

§. 2.

De defensionibus, quibus rei hoc tempore utebantur.

Quid mirum, si lex duodecim tabularum durum quoddam et acerbum, formisque strenue observandis implicitum ius protulerit, quum Romani artium atque litterarum expertes, bellisque dediti, parvus intestinisque discordiis dilaceratus populus essent; quum tenuis hoc tempore iuris scientia, et prope in singulis litteris et interpunctionibus verborum ita occupata esset, ut soli pontifices mysteriis initiati occulta eius interpretatione explanarent; quum denique decemviri magis ex iis, quae iam antea moribus obtinebant, quam ex novis rationibus, sive ab ipsis excogitatis, sive ab aliis gentibus assumtis, leges componerent. Tanta igitur earum actionum, quae his legibus proditae erant, severitas fuit, ut litigantes vel propter minimum legitimorum verborum neglectum ¹⁾ causa caderent. Qua de causa Cicero in oratione pro Murena ²⁾, »maiores,« ait, »in omni iure civili aequitatem relinque-

1) Gai. IV. §. 11. 30.

2) l. l. c. 12. Orat. pro Caecina c. 24.

runt, verba ipsa tenuerunt. « Romani igitur formis tantum ritibusque obsequentes, obligationem solennibus formulis rite contractam, firmam satis atque idoneam habebant, ut debitor statim certa pecunia condemnaretur. Etenim si quis dolo aliquid stipulatus fuerat, utique promissor ex rite perfecta stipulatione tenebatur, neque ullo modo contra dolum, ne condemnaretur, se defendere poterat. Nimirum Gaius ³⁾ refert, legis actionum tempore exceptiones in usu non fuisse. Quod, ut facile apparet, eo effectum est, quod nulla aequitatis ratione habita id tantum litibus quaerebatur, an ius solenne actori competeret, legisque actiones, ut ipsae leges observatae ⁴⁾, nullam exceptionis conditionem forma adjectam recipiebant. Accedit, quod hoc tempore edicta praetorum, quibus maior pars exceptionum introducta est, nondum in usu erant ⁵⁾. His ita comparatis quaeri potest, quo modo reus in legis actione se defenderet? Certe, nisi actori ius unquam competisse negaret, nulla alia, nisi iuris defensione, qua ius actoris ex lege iam peremptum ostenderet, quod velut per omnes fiebat solutionis modos ⁶⁾, quibus actori ius, quod actione persequeretur, aliquando competisse confessus iam ipso iure sublatum esse contenderet. Item si novationem factam ⁷⁾ reus probaverat, iure absolvebatur. Quid vero? Potuitne

3) IV. §. 108.

4) Gai. IV. §. 11.

5) Gai. IV. §. 11. Cf. etiam, quae dixi in not. 1. ad §. 4.

6) Gai. III. §. 168—178.

7) Gai. III. §. 176—179.

ullo modo contra dolum malum adversario succurri? Si sacramento ageretur, nullo. Sed vix dubitem, quin in legis actione per iudicis postulationem, quippe quae bonae fidei iudicia ⁸⁾ amplecteretur, iudex doli mali rationem habuerit. Leges enim duodecim tabularum in quibusdam horum iudiciorum expressis verbis de dolo cavisse, ipsa veterum auctoritate probatur. Nam dolum malum, Cicero ait ⁹⁾, etiam legibus esse vindicatum, ut in tutela et quodammodo etiam in venditionibus decemviros de dolo cavisse certum est ¹⁰⁾. Verum si per conditionem agebatur, quamquam in hac quoque actione iudicis postulatio ad controversias de certis rebus adhibebatur, iudex de dolo non iudicabat, quia, ut postea in stricti iuris actionibus, exceptio opponi non poterat.

§. 3.

De agendi modo per legem Aebutiam duasque Iulias commutato.

Legis actiones per legem Aebutiam duasque Iulias sublatas, effectumque esse, ut per concepta verba, id est, per formulas litigaretur, Gaius paucis verbis enar-

8) In his enim actionibus dolus malus ex officio iudicis vindicabatur. Cic. de off. III. c. 15. L. 21. D. de solut. matr.

9) Cic. l. l. et c. 12. Cf. vero Dirksen l. l. p. 599.

10) Cic. l. l. c. 16. §. 41. I. de rer. divis. Neustetel in libro, qui inscribitur: Römischrechtl. Untersuchungen. Heidelb. 1821. p. 156. 157. Cic. l. l. c. 17. „Nec vero in praediis solum ius civile, ductum a natura, malitiam, fraudemque vindicat, sed etiam in Mancipiorum venditione fraus venditoris omnis excluditur.“

rat ¹⁾. Quum vero inter illam legem duasque posteriores ducenti fere anni praeterierint, difficillima quaestio est, quid Aebutia, quid Iuliae constituerint ²⁾. Doctorum virorum de hac re opiniones longe inter se distant, nec facile certam exploratamque de ea sententiam ferri posse existimo.

Quamquam enim ante legem Aebutiam tum aliquot leges, tum usus fori longaevus sensim pedetentimque quandam legis actionum mutationem fecerant, universum tamen ius, iurisque persecutio gravissimam illam acerbissimamque naturam incolumem retinebat. Ex quo aliter fieri non potuit, quin cives, stricti iuris iniquitatis pertaesi, iuris statum ad aequitatem, popularemque intelligentiam accommodatorem magnopere desiderarent. Quae quum ita se haberent, L. Aebutius, tribunus plebis, legem tulit, qua omni duodecim tabularum, ut Gellius ait ³⁾, antiquitate abolita, formulae eius vice in foro Romano introductae sunt, quae certo iam antea simili modo in recuperatoriis iudiciis inter cives et peregrinos vel inter peregrinos locum habuerant ⁴⁾. A praetore igitur de omnibus causis formu-

1) Gai. IV. §. 30.

2) De legis Aebutiae, duarumque Iuliarum aetate vide Burnouf. l. l. p. 8. et 11.

3) Gellius XVI. c. 10. Nemo autem contendet, hac lege duodecim tabularum leges penitus esse abrogatas. Sed Aebutius (520) tantum praeter alia iuris incommoda (Gell. l. l.) antiquum agendi modum sustulit. Cf. Zimmern Rechtsgeschichte I. §. 31. Nec vero dico, Aebutium extemplo omnia nova instituta introduxisse, sed sensim sensimque eius lege effectum est, ut ea ratione, quam exposui, ante leges Iulias ageretur.

4) E. Huschke Exc. de recuperat. in: I. G. Huschkii Analectis litterariis. Lips. 1826. 8. p. 216. in fin.

lae sive in edicto proponebantur, sive ex iurisdictione singulis litibus dabantur. Legis enim actiones, sacramento, per iudicis postulationem, per conductionem, hac lege abrogatae sunt, exceptis antiquis vindicationibus ⁵⁾, de quibus sacramento apud centumviros agebatur. Omnes igitur novae in rem actiones, omnesque in personam per formulas tantum iudicabantur ⁶⁾, praeterquam si damni infecti causa ageretur, quod sacramento fieri licebat ⁷⁾. Huius rei rationem definire non audeo, nisi fortasse existimem, neminem olim praeter dominum, sive eum, cui servitus competeret, propter damnum infectum egisse, ideoque hanc causam, sicut vindicationes, sacramento tantum iudicari potuisse.

Neque vero a disquisitione nostra alienum puto, specialia quaedam de modis, quibus hoc tempore in rem ageretur, afferre. Gaius enim commemorat, suo tempore triplicem, vel sacramento ⁸⁾, vel per sponsonem ⁹⁾, vel per formulam petitoriam ¹⁰⁾ agendo dominii fuisse persequutionem. Utriusque vero actionis per formulas naturam ex parte tantum, ut solet, et obscure exponit, ad multas diversasque coniecturas anam praebens. De quibus diligentius dispiciamus.

Post legem Aebutiam vindicationes quidem antiquae apud centumviros permanebant, sed tantum, in

5) Hollweg Ueber die Competenz des Centumviralgerichts, in: Zeitschrift f. gesch. Rechtsw. V. p. 366.

6) De in rem actionibus cf. Cap. II. §. 3.

7) Gai. IV. §. 31.

8) Gai. IV. §. 16. in fin. §. 31. 95.

9) Gai. IV. §. 91. 92. 10) Gai. IV. §. 93. 94.

maioribus, ut videtur, causis, quippe ad quas satisfationis summa sestertiorum CXXV nummorum, sive Dassium spectaret ¹¹). Quae quidem causae speciali lege constitutae erant, cuius nomen propter Gaii commentarii lacunam incertum est ¹²). Quum vero supra coniecerim, paullo ante legem Aebutiam iudicis dationem in sacramenti actione per legem Pinariam in usum venisse, eodemque tempore centumviros primum esse creatos, iam fere existimem, hac lege etiam sancitum esse, ut maiores causae, in quibus duodecim tabulae poenam quingenariam constituerant, posthac ad centumvirale iudicium pertinerent, rebusque minoribus unus iudex daretur. Hac autem sacramenti apud unum iudicem actione per legem Aebutiam abrogata, eius vice introducta est actio per sponsionem pro praede litis et vindiciarum, cuius summa minor erat, quam in legis actione, scilicet sestertiorum XXV nummorum,

11) Gai. IV. §. 95. Hoc loco multi offensi sunt, quia Gaius de sponsione loquitur, ac si apud centumviros actionis per sponsionem instar sponsio praeiudicialis locum habuerit. Sed iam vir clar. Hollweg (l. l.) quem maxime sequutus sum, hanc sententiam falsam esse aperte ostendit. Gaius enim in universum loquitur de satisfatione possessoris in actionibus in rem. Postquam igitur deinceps de actionibus per formulam disputaverat, legis actionem aggressus de satisfatione in centumvirali iudicio loquitur, quippe quia in omnibus actionibus possessor satisfacere deberet. (Gai. IV. §. 88.) Quae quidem satisfactio stipulatione adhibitis sponsoribus (qui solummodo verborum obligationibus accedere poterant. Gai. III. §. 119.) fiebat. Sponsionis autem verbo Gaius vario modo utitur; nam sponsionem pro praede litis et vindiciarum (§. 91.) postea stipulationem nominat (§. 94.). Sponsio et stipulatio idem significant quam satisfactio. Ergo in §. 95. sponsionis verbo simpliciter per satisfactionem explicato, omnis difficultas evanescit.

12) Gai. IV. §. 95.

sive C assium. Haec vero actio solum in controversia de dominio ex iure Quiritium adhibebatur, ut ipsa comprobant stipulationis verba: »si homo, quo de agitur, ex iure Quiritium meus est, sestertios XXV nummos dare spondes?« ¹³⁾ Praeterea non in rem, sed in personam actio concepta erat, in qua de dominio tamquam stipulationis conditione iudicaretur. Insuper legitimum erat iudicium, et, sicut centumvirale, Romae tantum, intraque primum urbis milliarium instituebatur. Alio vero loco, et inter peregrinos actio per sponsionem locum non habebat, sed propriam actionem per formulam petitoriam praetor in edicto proposuit, quae certo antiquiore iam tempore et fortasse iam ante legem Aebutiam apud recuperatores in usu fuerat. Cicero in secunda oratione in Verrem, de Siciliae iudiciis loquens, mentionem eius facit, simulque formulae eius partem usurpat ¹⁴⁾. Ciceronis enim aut Gaii tempore formula sic ferme concipiebatur: Iudex esto. Si paret, eam rem, qua de agitur, (ex iure Quiritium) Auli Agerii esse, neque ea res Aulo Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemna: si non paret, absolve. ¹⁵⁾ In quacunque autem de dominio controversia sive ex iure Quiritium, sive peregrinorum locum habebat. Quod quidem peregrinorum dominium ¹⁶⁾ cum iure eorum, qui rem in

13) Gai. IV. §. 93.

14) L. l. c. 12.

15) Cic. l. c. Gai. IV. §. 51.

16) Gai. II. §. 40.

bonis habent, non est confundendum, quum hoc ius proprium est civium Romanorum, et a praetore per specialem in rem actionem, id est, fictitiam vindicationem defenditur, quae etiam iure Iustiniano, ubi nullum inter ius Quiritium praetoriumque dominium discrimen restat, bonae fidei possessori competit ¹⁷⁾. In ipsa autem urbe Roma etiam iuxta sponsionis actionem per formulam petitoriam agi potuisse videtur, ibique fortasse una cum recuperatorio iudicio recepta est. Imprimis vero legis actio et petitoria formula eo inter se differebant, quod possessor non pro contravindicante, sed tantum pro rei defensore habebatur, satisfabatque iudicatum solvi stipulatione, quae tres clausulas continebat, de re iudicata, de re defendenda, de dolo malo ¹⁸⁾. Denique omnino per formulam in rem agendi modus legis actioni eo quoque dissimilis erat, quod praetor secundum alteram partem ante iudicium vindicias non dicebat, sed per retinendae possessionis interdicta de ipsa possessione antea certabatur ¹⁹⁾.

17) Adhuc vero certatur, an actio eius, qui rem in bonis habebat, atque eius, qui eam bona fide possidebat, eadem fuerit Publiciana. Quae quidem res pro certo diiudicari non posse videtur. Videsis A. L. I. Michelsen Diss. de except. rei vend. et trad. Berol. 1824. p. 31—36. C. I. Guyet De Publiciana in rem actione. Heidelb. 1823. p. 28—35. F. Th. Eckenberg De Publ. in rem actione, ac iur. Rom. sententia, unde bon. fid. possessor fructus consumptos suos faciat. Lips. 1821. p. 15—18.

18) L. 6. D. Iudic. solvi. Quae quidem Ulpiani verba, etiamsi in Digestis ad procuratores defensoresque tantum spectant, in universum tamen huius stipulationis naturam definire videntur.

19) Gai. IV. §. 148.

Verum etiam reliquae legis actiones, scilicet manus iniectio, pignorisque captio, omnes paullatim in odium venerunt. Ad earum enim fictionem eae formulae expressae videntur, de quibus Gaius in commentarii IV. §. 10. et 32. loquitur. Nam his legis actionibus magis propria vi, quam magistratus auctoritate agebatur, ideoque si praetor vera eorum loco iudicia introducere volebat, hoc nisi fictionibus fieri non potuit. Fictione enim legis actionem simulabat, ut haec nova iudicia ex iisdem causis exorta, legisque actionibus substituta esse viderentur. Verum igitur fictionis ad pignoris captionem exemplum Gaius profert, quo facile coniicere licet ad manus iniectionis fictionem iudicati actionem expressam esse ²⁰). Earum vero legum, quae etiam manus iniectionem constituerant, aliae posthac recentioribus legibus abrogatae sunt, velut lex Furia per legem Voconiam (584), aliae haud dubie similem fictionem recipiebant. Contra vero caeterae legis actiones semper vera iudicia erant, ut talis fictio haud esset necessaria. Quod obscure ipse Gaius affirmat ²¹). Sacramento enim olim iam post legem Siliam Calpurniamque perlatam raro actum esse videtur, quia iam omnes in personam actiones vel conditione vel iudicis postulatione disceptari poterant. Lex Aebutia vero tantum permisit, ut de damno infecto sacramento ageretur, dum in vindicationibus omnino legis actionem retinuit. Iam vero nullam formulam ad conditionis fictionem expressam esse

20) Cf. Gai. IV. §. 25.

21) Gai. IV. §. 33.

aperte Gaius refert. Atquin et caeterae formulae, quibus pecuniam aut rem dari nobis oportere intendebatur, sua vi ac potestate valebant. Quae causae igitur sine dubio ad antiqua arbitria, id est, legis actionem per iudicis postulationem, spectant. Gaius quidem huius actionis expressam mentionem non facit, sed si, ut supra commemoravi, veram iudicis postulationis naturam ignoravit, hac de re etiam hoc loco iustum silentium servavit. Reliquas tandem, quas enumerat, actiones, velut commodati, depositi, negotiorum gestorum, alias innumerabiles, partim ad nova bonae fidei iudicia, ex praetoris edicto exorta, partim ad magnum arbitrarium actionum numerum spectare, nemo erit, qui non intelligat. Inde iam perspicuum est, ea iudicia, in quibus adderetur, ex fide bona, in iudicis postulationis locum successisse, ac pro legis actione per conductionem eas actiones, quae postea quoque conductiones sensu strictiore nominatae sunt, esse receptas.

Magna autem diversitas erat inter antiquam et recentiore in iudiciis agendi viam ac rationem. Nam formulam a praetore acceptam partes ad privatum iudicem ferebant, ut secundum eam causam iudicaret. Continebat enim haec formula non solum ²²⁾ mandatum iudici ad iudicandum ²³⁾ his verbis datum: »iudex esto,« et porro, »condemna, absolve,« verum etiam certis verbis omnem rem, de qua ageretur, bre-

22) Quam sententiam secutus esse videtur vir cl. Stahl. Ueber d. ältere Röm. Klagenrecht. München 1827. p. 14.

23) Gai. IV. §. 46. — „adiiciuntur ea verba, per quae iudici damnandi absolvendive potestas datur.“

viter indicabat. Haec enim praetoris erat iuris reddendi facultas ²⁴⁾, qua efficiebatur, ut res iudicata ius inter partes faceret. Sin vero praetor formulam, sicut in edicto proposita erat, dare recusaret, tribunos appellare, et de praetoris iniquitate queri permissum erat ²⁵⁾. In iudicio centumvirali tamen nulla eiusmodi formula dabatur, sed forsitan ex lege Pinaria illa causae collectio, qua breviter et quasi per indicem partes rem exponerent ²⁶⁾, in sacramenti actione permansit.

Post legem Aebutiam alia etiam in agendo mutatio facta est, quae Ciceronis tempore certe iam aderat ²⁷⁾. Olim enim, nisi pro populo libertatisque causa ageretur, alterius nomine dicere ac defendere non licebat; atquin postea cognitores procuratoresque ²⁸⁾ in litem constituebantur. Praeterea lege Aebutia permissum esse videtur, ut in quibusdam causis recuperatores, qui antea inter cives peregrinosque iudicaverant, inter cives controversias disceptarent ²⁹⁾.

Quemadmodum causae per formulas agerentur apud iudices privatos, satis explicatum arbitror. Sequitur, ut eas iudiciorum mutationes persequar, quae pertinent ad leges Iulias iudiciarias, quarum non modo auctores, sed etiam originis aetas ³⁰⁾ controversiarum inter scri-

24) L. 11. D. de iust. et iure.

25) Cic. pro Tullio. c. 38. et Huschke ad h. l. in Anall. citt. p. 155.

26) Gai. IV. §. 15.

27) In Verr. I. c. 5. II. c. 43. V. c. 63. pr. Rosc. Com. 11.

28) De quorum differentia vide Gai. IV. §. 82. et Fragm. Vat. §. 317. sqq.

29) Huschke in Anall. citt. p. 217.

30) Burnouf. l. l. p. 11.

ptores ansam dederunt. Quamquam per formulas agendi modus Iulii Caesaris tempore iam erat in usu, multis tamen de rebus in iudiciis adhuc incertis, forique usu excultis Ictos tunc temporis vacillasse, ipsa Ciceronis verba praeclare ostendunt ³¹⁾. Quid mirum igitur, si nova lex, ut incerta certa redderentur, a Caesare lata sit (708?). Quae vero omnino haec lex amplexa sit, propter veterum scriptorum de hac re silentium dicere non licet. Profecto tamen lex Iulia legitima iudicia, nisi anno et sex mensibus iudicata essent, exspirare iussit ³²⁾, certum quorundam magistratuum imperii tempus definivit ³³⁾, de iudicibus legendis sanxit, de diffissionibus comperendinationibusque, atque aliis quibusdam legitimis ritibus constituit ³⁴⁾. Praeterea iudicum, qui dabantur, in albo consignatorum tres decuriae hoc tempore erant, prima ordinis senatorii, secunda equestris, tertia tribunorum aerariorum. Ultimam Caesar sustulit ³⁵⁾. Quum vero Augusti imperatoris tempore tertia decuria adesset, eam a Marco Antonio, quamquam Cicero promulgatam legem valde vituperat ³⁶⁾, restitutam esse censeo. Octavianus tandem Augustus iudicum decurias recognovit, quartam addidit ex inferiore censu, quae ducenariorum vocaretur, iudicaretque de levioribus summis, et de iudicum aetate

31) Cic. pro Murena c. 12. in fin.

32) Gai. IV. §. 104.

33) Cic. Philipp. I. c. 8.

34) L. 2. §. 1. D. de iud. Cic. Phil. cit. Gell. XIV. c. 2.

35) Sueton. Caes. c. 41.

36) Cic. Phil. cit.

vacationibusque nova quaedam instituit (729?)³⁷⁾. Ceteroquin centumvirorum, quibus antea quaestura functi praeesse solebant, praepositis decemviris, externo splendore insigne reddidit iudicium³⁸⁾. Quibus ex rebus intelligi potest, quemadmodum Gaius non modo ex lege Aebutia, sed etiam ex duabus Iuliis, sui temporis agendi modum deducat.

§. 4.

De exceptionum origine, et usu vigente ordine iudiciorum.

Quamquam haud dubie iam ante legem Aebutiam¹⁾ ius edicendi praetores habuerunt, varioque modo rerum gerendarum in privatis negotiis rationem monstrare edicendo studuerunt, minime tamen actionum formulas in edicto proposuerunt, quippe quia hae novae causae nullo modo in legis actione peragi potuissent. Deinde vero post legem Aebutiam permultae actiones, quae honorariae vocabantur, ex praetoris edicto exortae sunt. Omne autem ius honorarium, quod Papinianus²⁾, propter utilitatem publicam introductum esse, ait, ad supplendum, vel adiuvandum, vel corrigendum ius civile, ex sola aequitate profectum est. Qua de causa tam saepe veteres de praetoris aequitate loquentes stricto

37) Sueton. Octav. c. 29. 32.

38) Sueton. Octav. c. 36. Hollweg. l. l. p. 361. Sed vide etiam Zimmern Rechtsg. I. §. 36.

1) Pomponius in L. 2. §. 10. D. de orig. iur. post legem Hortensiam (467) praetores edicta proposuisse refert. Vide Zimmern l. l. §. 38.

2) L. 7. §. 1. D. de iust. et iure.

iuri eam opponunt ³⁾. Et quidem hac aequitate magis magisque ille, unde peteretur, adversus iuris civilis iniquitatem in causis defendendis adiutus est. Nullo enim modo, ut supra dixi, in stricti iuris actionibus adversarius contra dolum petentis tueri se poterat; sed, nisi negaret, vel iure se defenderet, prorsus condemnabatur. At recta quidem via lex Aebutia defendendi modum non commutavit, sed tantum effecit, ut pedetentim ex factis quibusdam adversario contra iniquam petitoris intentionem defensiones, exceptionum nomine, comparatae sint. Itaque hae defensiones iustam, id est, validam ex iure civili, actionem supponunt, et tamquam exceptiones ab edicto, SCtis, legibusve stabilitae contra certam iuris civilis normam sunt considerandae. Nunquam enim praetorum edicta legis vicem obtinuerunt, ut iuris civilis praecepta directa via ac ratione abrogare potuerint, sed, ut ipse Iustinianus ait, non modicam iuris habebant auctoritatem ⁴⁾. Erat igitur praetori potestas, ut circuitione quadam et quasi per ambages, vel adiuvando, vel supplendo, quo neminem in iure suo perturbaret aut violaret, iuris civilis iniquitatem minus asperam et odiosam redderet. Nam illud quidem absurdum est, quod quidam dicunt, praetores iniusto violentoque modo iuris civilis rationes evertisse; quibus satis est argumentum ipsis Theophili verbis opponere ⁵⁾:

3) L. 3. Cod. de edendo. L. 1. pr. D. de coll. L. 1. §. 5. D. de aqua pluv. L. 1. Cod. de legg. Unde emanavit illa regula in L. 90. D. de R. I.

4) §. 7. I. de iur. nat.

5) Ad §. 7. I. de iur. nat. At quidem animadvertendum est, hoc

»τὸ δὲ ἐν ἐδίκτῳ μόνῳ νομοθετεῖν τοῖς ἀρχουσιν ἐφείται.

ἐπειδὴ πρὸ τῶν πραγμάτων τίθωνται, τουτέστι πρὸ τοῦ κινηθῆναι τὰ πράγματα καὶ τὰς ὑποθέσεις, καὶ πάσης χείρονος ὑποψίας ἐστέρηται.»

Itemque haud inepte Marcianus ius honorarium vivam esse iuris civilis vocem pronuntiat ⁶⁾. Quod quum perspicuum sit, praetores recta via nequivisse iuris civilis praecepta extinguere, sequitur, ut disseram, quo modo ex ipsis iuris civilis fontibus, velut SCtis legibusve, exceptiones emanaverint. Quaedam enim leges vetant aliquid fieri, et, si factum sit, rescindunt. Hae sunt perfectae, et contra factum iuris defensionem ex rescissione progignunt. Aliae vero minus quam perfectae factum non rescindunt, sed poenam ei, qui contra legem fecit, iniungunt ⁷⁾. Denique aliae imperfectae prohibent aliquid, neque vero factum rescindunt, sed, si quis ex facto obligatus conveniatur, praetorio modo dant exceptionem, velut lex Cincia ⁸⁾, SC. Velleianum ⁹⁾. Sed videamus, qua ratione

loco solummodo de ratione iuris honorarii agi. Nam saepe praetores ab acqutatis, sapientisque iustitiae via adeo decessisse, ut leges ad nimiam eorum licentiam atque improbitatem coërcendam ferrentur, Romanorum historia multis exemplis ostendit. Cf. Ruys van Beerenbroek. de praetoribus. Leodii 1826. p. 22 sqq.

6) L. 9. D. de iust. et iure.

7) Ulp. Fragm. de legib. §. 2.

8) Ulp. l. l. §. 1. Fragm. Vat. §. 266. Cujac. Obs. XIX. 30. Contra quem vir cl. Hugo (Rechtsgesch. ed. 10. p. 351.) Ulpianum de lege Cincia non loqui existimat. Cf. Zimmermann l. l. §. 17. S. C. Klinkhammer. Comm. de donationibus. Amstel. 1826. p. 72—78. De Schroeter l. l. Obs. V. p. 100. sqq.

9) Vide etiam §. 5. not. 27.

tam vario modo leges a Romanis latae sint. Perfectae enim sunt leges generali sensu, quas modo et perfectas et imperfectas sensu iuridicali nominavi. Quid vero? Potestne eadem lex perfecta esse simul atque imperfecta? Potest. Omnis enim lex, quae perficit, quod vult, generaliter dicenda est perfecta. Atque discrimen iuridicale inter legem perfectam et imperfectam ad id se accommodat, quod leges habent propositum. Quaedam enim leges ex certis causis, velut quia semper iniquum sit, aut turpe, quod contra eas fit, pro non facto habendum esse constituunt. Hae autem sunt perfectae, quia id, quod volunt, efficiunt; ut scilicet sine ullo effectum contra eas agatur ¹⁰). Aliae vero certis ex causis, quod factum est, quoniam in singulis tantum speciebus possit esse iniquum, non rescindunt, verum tamen, ut contra omnem iniquitatem succurratur, sicut praetorum edicta, exceptiones admittunt. Quae quidem leges sensu generali etiam sunt perfectae, quia id, quod volunt (nolunt enim prorsus rescindi) perficiunt. Imperfectae autem sunt iuridicali sensu, quoniam tantum praetorio modo, id est, in singulis causis ad iniquitatem respicientes, obligatis adiumentum afferunt, neque vero, ut ius civile, de facti cuiusdam firmitate aut infirmitate universe constituunt. Hoc modo igitur lex Cincia dicenda est imperfecta. Voluit enim haec lex, ne ultra legitimum modum et sine certo ritu donaretur, quia facile donantem temere inconsulteque factae donationis poeniteret,

10) Velut SC. Libonianum, lex Furia Caninia Gai. I. §. 46.

atque iniquum foret, tali modo obligatum prorsus condemnari. Quum vero non omnis contra legem facta donatio sit iniqua, non universe Cincius sanxit, donationem pro nulla esse habendam, sed tantum, si vellet donator, infirmandam; neque, si ipse donator constante voluntate decesserit, heredes exceptione defendendos ¹¹⁾. Nihil autem de iis legibus antea disserui, quae minus sunt quam perfectae. Ac nunquam revera neque generali neque iuridicali sensu perfectae possunt nominari, quia id, quod volunt, non consequuntur. Illas enim leges, quae in privatis negotiis poenam contra legem facienti infligunt, neque ipsum factum rescindunt, ad id, quo tendunt, non pervenire, aperte ostendit lex Furia testamentaria ¹²⁾. Ex quo fieri solebat, ut tales leges, quae magis conatui similes erant, aliis legibus sive pleniores efficerentur, sive abrogarentur. Quibus ex rebus breviter disputatis perspicuum est, quomodo ex legibus exceptiones potuerint proficisci.

Ciceronis tempore exceptiones, quae simul praescriptiones sive ab actore ¹³⁾ sive a reo ¹⁴⁾ profectas amplecterentur, latiore habebant significationem. Pro actore enim necessaria erat interdum praescriptio, id est, certa incertae intentionis circumscri-

11) Fragm. Vat. §. 259. 266. Postea vero Proculeiani hanc exceptionem eo usque extendebant, ut quivis ea uteretur. Qua de causa „quasi popularis“ popularium actionum instar nominabatur. Cf. De Schroeter l. l. obs. V.

12) Gai. II. §. 224. — „sed et haec lex non perfecit, quod voluit.“

13) Cic. de orat. I. c. 37. Gai. IV. §. 131.

14) Cic. rhetor. II. c. 19. Gai. IV. §. 133.

ptio, veluti quia pecunia, quae pro parte in praesenti deberetur, per incertam formulam petita, omnis obligatio in iudicium deduceretur ¹⁵⁾, et si ille, unde peteretur, probasset iudici, ante petitam esse pecuniam, quam esset coepta deberi, petitor rursus quum peteret, exceptione excluderetur, quod ea res in iudicium antea venisset ¹⁶⁾. Verba igitur formulae praescribebantur: ea res agatur, cuius rei dies fuit, quo efficiebatur, ut postea petitor non obstante exceptione residuam pecuniam peteret. Praeterea illae praescriptiones, quae pro reo opponebantur, omnes praeiudiciorum causa receptae esse videntur ¹⁷⁾.

Deinde vero quum sub imperatoribus diversae scholae universum ius civile et honorarium in artis formam redigerent, exceptiones a Ictis in plura genera sunt dispertitae ¹⁸⁾. Dividuntur autem in peremptorias et dilatorias, quarum naturam paucis definiamus. Peremptoriae sunt, quae perpetuo valentes evitari nequeunt, sed semper sunt nociturae ¹⁹⁾, quibus igitur omne ius agendi ex praetoria aequitate infirmatur. Quamobrem adversarius peremptoriam rogare oblitus ante sententiam semper in integrum restituitur,

15) Gai. IV. §. 60. et §. 131. Ibid. aliud exemplum.

16) Cic. de orat. l. c. Gai. IV. §. 123. Cf. etiam Cic. pro Tullio c. 38.

17) Cic. rhetor. II. c. 19. Gai. IV. §. 133. L. 16. 18. D. de except. L. 1. §. 1. D. famil. hercisc. Vid. etiam C. Iulii Victoris ars rhet. c. VI. §. 8. in: Ang. Maii Iur. Civ. Anteiust. reliq. inedit. Rom. 1823. 8.

18) In Ciceronis scriptis hae divisiones non reperiuntur.

19) Gai. IV. §. 121. L. 2. §. 4. L. 3. D. de except.

quod etiam Iustinianus in codicem suum recepit ²⁰). Dilatoriae autem appellantur, quae nocent solum ad tempus, litemque eo usque differunt, donec causa, qua oppositae sunt, evanuerit ²¹). Neque vero magni est momenti illa dilatoriarum divisio, in eas, quae ex tempore, et quae ex persona opponuntur, quippe quae omnes eundem habeant effectum ²²). Gaius autem eam quaestionem in medio relinquit, an propter non oppositam exceptionem dilatoriam adversarius in integrum restituatur ²³). Verum simile est vero, denegatam esse restitutionem, quia ratio, perpetuo eam nocere, in dilatoria cessaret, neque posteriore tempore, ut videtur, restitutio admitteretur ²⁴). Iam alteram consideremus exceptionum in rei personaeque cohaerentes divisionem ²⁵). Atque in hac differentia tantummodo videndum est, a quo possint exceptiones opponi. Sunt enim quaedam exceptiones, quae singulari tantum personae tanquam beneficium competunt ²⁶), quarumque intelligitur natura sive ex speciali conventionione, sive ex certis legum definitionibus, de quibus generale nequit proferri principium.

20) Gai. IV. §. 125. L. 2. Cod. sent. resc. L. 8. Cod. de except.

21) Gai. IV. §. 122. L. 2. §. 4. L. 3. D. de except. A rhetoribus olim nominabantur translationes, sive constitutiones translativae. Cic. rhet. II. c. 19. Quint. inst. orat. VIII. c. 6. C. Iul. Victoris ars rhet. c. III. §. 9 — 10. c. IV. §. 8.

22) Gai. IV. §. 124.

23) Gai. IV. §. 125.

24) L. 12. Cod. de except.

25) L. 7. §. 1. D. de except.

26) Velut in pacto de re a debitore non petenda.

Reliquae autem omnes sunt rei cohaerentes, id est, cum causa ita coniunctae, ut ab aliis etiam, qui veluti fideiussores, vel successores, vel possessores causae innexi sunt, obiiciantur. Hae igitur regulam efficiunt, qua personae cohaerentes tamquam singulae species excipiuntur. Aliam vero exceptionum in rem et in personam divisionem Romani in systemate non proposuerunt. Nunquam enim, ut dixi, in exceptionum divisione quaerebatur, cui, sed a quo opponi potuerint. Ex quo intelligitur, neque eam quaestionem, quibus personis singulae exceptiones obiici possint, generali principio esse dissolvendam, neque exceptionum divisionem in eas, quae passive in rem, atque eas, quae passive ex persona obiiciantur, a Romanis in systemate esse propositam. Minime autem contendo, hoc discrimen nullius esse momenti, sed quoniam, certisne an omnibus obiiciatur personis, ex cuiusvis exceptionis conditione explicatur, generali regula hoc definiri non potest.

Vidimus ergo duplici tantum ratione Romanos exceptiones divisisse tam in peremptorias dilatoriasque, quam in rei personaeque cohaerentes. Quae utraque sola divisio ad diversum spectat exceptionum effectum. Est enim et alia divisio, quae quidem non diversum iuris effectum habet, sed alia ex causa profecta est. Etenim si qua exceptione aliquod petitoris factum dolose ostenderetur, aut turpe, sicut in ipsa doli exceptione, haec defensio quarundam personarum, ut parentum vel patronorum, gratia non vero nomine obii-

ciebatur, sed nudum factum sine adiecto dolo enarrabatur ²⁷⁾. Inde vero perspicuum est, hoc solum esse humanitate quadam institutum, ne cum illis personis, adversus quas reverentia sit adhibenda ²⁸⁾, insolenter agi videretur. Idem etiam simili modo in actionibus, quibus dolus vindicabatur, observatum esse constat ²⁹⁾. Sed haec quidem hactenus. Nunc veniamus ad replicationes.

Vidimus antea, exceptiones aequitatis tantummodo ratione contra validas ex iure civili actiones esse inductas. Huiusmodi enim actiones, simul atque exceptio contra eas locum habeat, existimantur iniquitate laborare ³⁰⁾. Atque in exceptionibus observandum est idem. Nam si ex certa causa, qua alias semper competebat, data exceptio, nova adveniente causa, iniqua fit, praetor contra huius exceptionis iniquitatem alia exceptione, id est replicatione, actorem adiuvat ³¹⁾. Sed ne forte quis miretur, qua ratione exceptiones ex aequitate enatae, si fiant iniquae, non statim a praetore denegentur, sed alio aequitatis auxilio infirmentur, breviter exponam, quae in hoc observata sunt principia. Primum enim durante iudiciorum ordine iam ex sola iniquitate exceptiones non poterant recusari, quia, antequam in formulam recipiebantur,

27) L. 4. §. 16. D. de except. doli.

28) Cf. §. 3. I. de poena tem. litig.

29) L. 11. §. 1. D. de dolo.

30) pr. I. de except. Gai. IV. §. 116.

31) Gai. IV. §. 126 — 129. Tit. I. de repl. Est eadem ratio in duplicationibus, triplicationibus et rel.

praetor de causarum, quibus rogatae erant, veritate non quaerebat, sed ab utraque parte ea, quae in iure contenderat, in iudicio erant probanda. Praetor igitur ad omnem tantum eventum dedit replicationem. Deinde si omnes eius conditiones concurrebant, iusta erat exceptio, id est, reus quasi ius exceptionis adquisierat; et praetor, nisi in quacumque specie admisisset exceptionem, male sibi constitisset. Quibus ex causis iusta exceptio, si forte iniqua fit, alio tantum aequitatis subsidio infirmatur. Replicationes vero omnes esse peremptorias, nemo non intelliget. Quum enim exceptionibus obiiciantur, quae statim semper, simul atque instituitur actio, adversario competunt, ad eas perimendas contendunt, neque omnino exceptionum dilatio potest cogitari.

Omnes exceptiones rogante adversario in stricti iuris iudiciis a praetore tamquam casus excepti conditiones formulae adiungebantur ³²⁾, nunquam vero comparabantur ex officio, quippe eo non solum ius petitoris violatum, sed etiam rei in defendendo licentia finita esset. Contra vero quum sine iusta causa praetor exceptionem postulatam recusabat, tribunos appellare, querique de praetoris iniquitate poterat ³³⁾. Hoc tempore igitur iudex in strictis iudiciis ³⁴⁾ formula inclu-

32) L. 22. D. de except. Gai. IV. §. 119. „— ita formulae inseritur, ut conditionalem faciat condemnationem.“ Qua de causa exceptionis formula verbo „si“ vel „nisi“ incipiebat.

33) Cic. pro Tullio c. 38. et Huschke ad h. l.

34) Hoc loco stricti iuris iudicia arbitrarias etiam actiones recentioris iuris Romani sensu complectuntur, ac bonae fidei iudiciis opponuntur.

sus ³⁵), nisi in hac separatim exceptio esset praescripta, nullam eius habuit mentionem. Reliquas vero defensiones, quae adversario ipso iure competebant, ex officio observavit. Exempli gratia: ex stipulatu agenti adversarius, debito iam soluto, ipso iure solutionem, nulla eius mentione apud praetorem facta, in iudicio obiciebat, quia obligatio civiliter et naturaliter sublata erat. Sed si quis antea de debito non petendo cum creditore pactus esset, ex stipulatu agenti in iudicio exceptionem pacti de non petendo obicere non poterat, nisi praetor eam formulae adieceret. Itaque omissa in iure exceptione, reus condemnabatur. Alia autem res erat in bonae fidei iudiciis, in quibus est maxime ius honorarium ad ius civile aequiparatum. Nam omnia, quae in reliquis iudiciis specialiter praetoris aequitate comparantur ad reum defendendum, in his liberrimae iudicis aequitati, infinitaeque largitioni erant commissa. Quibus iudiciis igitur ipso iure dolus vindicatur ³⁶), sive, ut Icti aiunt, doli exceptio inest ³⁷). Quum vero doli exceptio omnes ex facto comparatas contineat ³⁸), iam apparet, omnes exceptiones, praeter eas, quae ad alias spectant actiones ³⁹), ex iudicis officio esse observandas, quia omnes ex facto quodam oriuntur. Sed tamen verae sunt exceptiones, (etiamsi

35) Cic. pro Rosc. Com. c. 4. „— et eundem (scil. C. Pisonem iudicem) in angustissimam formulam sponsionis concludebas —“ Cf. etiam orat. in Verr. II. c. 12.

36) Cic. de off. III. c. 15. Top. c. 16. L. 152. §. 3. D. de R. I.

37) L. 21. D. solut. matr. Cf. etiam L. 7. §. 5. 6. D. de pactis.

38) L. 2. §. 5. D. de except. doli.

39) Velut legis Cinciae, Scti Macedoniani, cet.

quodam modo in his iudiciis iuris defensionum instar numerandae sint) quia iustae actioni opponuntur. Nam si quis ex emtione experiatur, iustam habet ex perfecta obligatione actionem, etsi pretium nondum solverit, sed quia non esset aequum, venditorem prorsus condemnari, doli exceptio a iudice ex officio praebetur. Neque solum in eo erat differentia, ut in bonae fidei iudiciis exceptiones in formulam non reciperentur, in reliquis vero omissae haud respicerentur a iudice, sed etiam bona fides postulabat, ut ex officio iudex ea inquireret omnia, quae utraque pars invicem propter aequitatem deberet praestare. Et nisi observasset iudex ex officio exceptiones, bona fide iudicare nequivisset. Quae modo exposui, in peremptoriis valuisse exceptionibus, mihi habeo persuasum. Sed quaerendum est, an etiam in omnibus dilatoriis idem Romani observaverint. Erat enim, ut vidimus, iuris constitutio, dilatorias exceptiones apud praetorem obiici debere, neminemque, qui ea usus non esset in iure, ob hanc rem in integrum restitui. Veri igitur est simile, ut exceptiones ex persona comparatae, velut cognitoriae ⁴⁰), quia non cohaerebant cum bonae fidei iudicio, in formulam reciperentur. Reliquae vero dilatoriae, quae ex tempore sunt intelligendae, velut ex pacto de non petendo intra quinquennium, ab ipso iudice observantur, praesertim quum omnia iusta pacta propter aequitatem praetoris servarentur ⁴¹), et iudex omnem

40) Gai. IV. §. 124.

41) L. 7. §. 7. D. de pactis.

fere praetoris auctoritatem in bonae fidei iudiciis obtineret.

§. 5.

De exceptionum usu ordine iudiciorum abolito.

Primum legis actionibus abolitis, formulisque introductis discrimen inter τὸ ipso iure et per exceptionem esse exortum vidimus. Deinde exposui, quemadmodum vigente ordine iudiciorum usus in utroque adhibendo esset diversus. Superest, ut breviter exponam, quae hac de re posteriore tempore commutata sint.

Quamquam enim propter ordinem iudiciorum fere omnes solebant causae a iudice per formulam dato disceptari, quaedam tamen res ab ipsis praetoribus extraordinaria cognitione diiudicabantur¹⁾. Quae quidem extraordinariae cognitiones sub imperatoribus magis magisque ita augebantur, ut antiqua per formulam agendi ratio penitus tandem evanesceret. Iam enim Diocletianus provinciarum praesidibus anno p. Ch. 249. imperavit²⁾, ut ipsi causas examinarent, neque iudices darent pedaneos, nisi permultis essent occupati negotiis³⁾. Atque ipsorum erat praesidium aestimationi commissum, in quibus causis iudices daren-

1) Cf. Heffter Instit. d. röm. u. teutsch. Civilproc. Bonn 1825. p. 401.

2) L. 2. Cod. de pedan. iud.

3) Cognoscebant enim de omnibus causis, de quibus postea praefectus urbi, praefectus praetorio, consules, praetores, caeterique Romae iudicabant. L. 10. D. de off. praes.

tur ⁴⁾. Quando tamen Romae iudiciorum ordo conquieverit, incertum est, praesertim quum sine dubio non certa lege, sed statu imperii in dies commutato pedetentim in desuetudinem abierit. Plane vero quaedam Constantini Magni constitutiones ⁵⁾ ostendunt, iudices, qui lites disceptarent, tunc temporis fuisse praeter magistratus; sed nusquam facta iudicum per formulam datorum mentione, non dubitem, quin iudiciorum ordo hoc tempore omnino fuerit abolitus. Praeterea etiam Constantius, Constantini Magni filius atque in imperio successor, antiqua ⁶⁾ in formulis sublata syllabarum aucupatione, quo modo quisque vellet, instituere actionem permisit ⁷⁾. Quibus ex rebus apparet, certe hoc tempore iudiciorum rationem adeo esse commutatam, ut antiquus eorum ordo amplius non posset observari. Formulis igitur sublatis cessavit agendi modus in ius iudiciumque dispertitus, diversaeque obiciendarum exceptionum, iurisque defensionum adempta est ratio. Quum tamen in omnibus fere

4) L. 8. 9. D. de off. praes. Solebant in minoribus causis iudicare. L. 2. Cod. cit.

5) L. 1. §. 2. Theod. Cod. de donat. L. 3, 16. Theod. Cod. de praetorib. L. 8, 11. pr. Theod. Cod. de appell. L. 2. Theod. Cod. de iudiciis. L. 1. Theod. Cod. de curs. publ.

6) Cf. Cic. de orat. I. c. 55. „Ita est tibi iurisconsultus ipse per se nihil, nisi leguleius quidem cautus et acutus, praeco actionum, cantor formularum, auceps syllabarum.“

7) L. un. Cod. de formulis. Neque vero ipsae formulae penitus abrogatae sunt, ut permulti iuris Iustiniani loci ostendunt, sed liberior tantum usus earum in foro admittebatur. An etiam legis actio in centumvirali iudicio hoc tempore perierit, in medio relinquo. Cf. Bur-nouf. l. l. p. 61.

Digestorum Codicisque titulis hoc discrimen adhuc reperiatur, paucis illustrare operae pretium esse videtur, quo id sensu iure Iustiniano sit intelligendum. Sunt enim, qui dicant, apparuisse tantum in iudiciorum ordine hanc differentiam, eoque sublato plane evanuisse. Ac leviter quidem hanc controversiam eo componerem, ut Paulli verba allegarem:

»nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur⁸⁾.«

Atqui iam animadvertendum est, regulas ultimo Digestorum titulo propositas neque generaliter, neque verbotenus interdum intelligendas, sed, ut nonnulla ostendunt exempla⁹⁾, angustioribus finibus interpretatione esse coërcendas. Nam si vere nihil interesset, ut Paulus ait, certe neque in Institutionibus, Digestis, Codiceque exscribendis compilatores hoc discrimen tam diligenter, tamque exquisite observassent, neque ipse Iustinianus et in mulierum intercessionibus denuo hanc differentiam sanxisset¹⁰⁾, expressisque verbis in compensationibus sustulisset¹¹⁾. Paulli itaque ea est sententia, reo absoluto nihil interesse, utrum hoc ideo sit factum, quia ipso iure actio esset invalida, an, quia reus exceptione sese defenderet¹²⁾. Et recte.

8) L. 112. D. de R. I.

9) L. 15, 80, 113, 130, 207. D. eod.

10) L. 23. §. 2. Cod. ad SC. Vellei.

11) §. 30. I. de act. L. 14. Cod. de compens.

12) Simili modo aliae leges explicandae sunt; e. g. L. 20. §. 3. D. de liberal. causa. Nam perpetua exceptione tutus naturaliter non est obligatus, verum autem civiliter L. 17. §. 1. D. solut. matr.

Nam utroque casu iterum agenti rei iudicatae obstat exceptio. Caeterum vero infitiamini nequimus permagnum non esse discrimen, quoniam ab initio praetores iuris civilis asperitatem, iniquitatemque mitigantes in novas aequitatis rationes magis magisque eandem iuris vim atque effectum conferre studebant ¹³). De quibus, paucis de iudicium in litibus iudicandis ratione ac modo, a nostra consuetudine longe discrepante, praemissis, ulterius dispiciamus.

Mihi enim habeo persuasum, iudicibus ab antiquissimo iam tempore liberrimam fuisse interrogandi atque inquirendi, ut quam maxime rei veritatem cognoscerent, potestatem. Quae vero summa ratio, etiamsi plures leges, ut illico demonstrabo, ea nitantur, nullo tamen loco simpliciter atque aperte enuntiatur, quippe quae tam arcte tamque firme cum omni Romanorum vita, cumque universa iudiciorum consuetudine ac more cohaereret, ut veterum nemini, disertis verbis ea, quae alio modo cogitari non posse putaret, exponere, in mentem venire potuisset. Quo intelligitur, qua de causa ubicunque de iudicis officio sive obiter, sive plenius agatur, nunquam de hac in iudicando facultate, sed de aliis quibusdam praeceptis disputetur ¹⁴). Vetus enim iuris principium erat, standum esse

13) Vide, quae dixi de replicationibus §. 4.

14) Agitur enim sive de condemnandi absolvendique modo in actionibus in rem et in personam; (Tit. I. de off. iud.) in bonae fidei strictique iuris iudiciis; (Brissonius de formulis V.) sive de adiudicandi in iudiciis divisiis ratione; (L. 7. §. 10. L. 21, 18. D. com. div. L. 16, 18, 42. D. famil. hercisc.) sive de aliis rebus similibus (L. 15. D. de usur. et fruct.).

rebus iudicatis, ut dici posset, statum reipublicae maxime rebus iudicatis contineri ¹⁵⁾. Quomodo autem Romanis, incognita adhuc ordinaria in iudiciis appellatione ¹⁶⁾, liberae reipublicae tempore haec ratio placuisset, nisi iudices, omnimodo interrogandi et inquirendi potestate instructi, veritatem quam maxime essent perscrutati ¹⁷⁾? Neque vero contendo, tantam iudicibus fuisse licentiam, ut de quacunque re partes interrogarent, vel ex propria sua scientia iudicarent; nam diserte iam Gellius profert ¹⁸⁾, iudicem nisi de iis, quae in iudicium essent deducta, et secundum ea, quae agerentur, iudicare non debere. Ubique enim terrarum et gentium iura, ac iudicia inveniuntur, quantacunque eorum diversitas sit, haec ratio valebit. Quibus expositis ad ipsas iam leges veniamus, quae mihi occurrerunt.

L. 1. Theod. C. de iudiciis.

Iudicantem oportet cuncta rimari, et ordinem rerum plena inquisitione discutere, interrogandi, ac proponendi, adiiciendique patientia praebita ab eo: ut, ubi actio partium limitata sit, contentiones non occursu iudicis, sed satietate altercantium metas compresserint, saepius requiratur,

15) Cic. pro Sulla c. 22. pro Flacco c. 21.

16) Cf. Heffter l. l. p. 450.

17) Praeclare igitur Cicero (de off. II. c. 14.) ait: „Iudicis est, semper in causis verum sequi: patroni, nonnunquam veri simile, etiam si minus sit verum, defendere. —“ Accedit etiam, quod sine scriptis apud Romanos causae agebantur, quo haud difficile libera iudicantis potestas explicatur.

18) Gell. XIV. c. 2. L. 18. D. comm. divid.

et crebra interrogatione iudicis frequentetur, numquid novi resideat, quod annecti allegationibus in iudiciaria contentione conveniat.

L. 11. Theod. C. de appell.

— cogi etiam singulos oportebit ad proferenda in iudicia universa, quae ad substantiam litigii proficere arbitrantur. —

L. 5. Cod. de off. rect. prov.

Sed ubi publica tractatur utilitas, etsi minor iudex veritatem investigaverit, nulla maiori irrogatur iniuria.

L. 18. Cod. de solut.

Inquisitio veritatis tolli non potuit. —

Nov. 112. c. 3.

— damus licentiam iudici, et absente adversario, partis permanentis obligationes secundum nostras leges examinare, et veritate subtilius requisita, legitimam proferre sententiam ¹⁹⁾.

Quibus legibus multisque aliis satis patet, summum fuisse iudicis officium, causae veritatem et interrogando et inquirendo, quam maxime perscrutari. Secus enim Iustinianus, lites ultra triennium non extendi, sancire nequivisset, nisi iudicis officium adeo vagaretur, ut, quantum posset, calumniam partium, improbitatemque coërceret.

L. 13. §. 1. Cod. de iud.

— non esse iis concedendum ulterius lites,

19) Vide etiam L. 1. in fin. Theod. Cod. de fid. test. „— ut sic veritas examinetur.“ Tit. Cod. ut quae desunt. L. 21. D. de interrog. et Gell. cit. loco.

quam triennii spatio extendere. Hoc enim iudicialis magis esse potestatis, nemo est, qui ignoret. Nam si ipsi noluerint, nullus tam audax invenitur, qui possit invito iudice litem protelare.

Haec hactenus. Nunc disquiramus, quemadmodum id, quod ipso iure non valet, atque id, quod exceptionis infirmatur auxilio, cum officio iudicis ac potestate cohaereat. Ego enim contendo, actionem a iudice, simul atque ex partium oratione, eam iure non valere, cognoverit, statim esse reiectam, quia actio, quae non existit, non debet institui. Sin vero exceptionis ope actio infirmabatur, nunquam non audito adversario iudex eam denegavit, quia ipso iure valebat, exceptionemque oportebat expressim opponi. Quam quidem sententiam exemplis adumbremus. Iam enim nullum est dubium, quin victor in aleae lusu, si de lucro agat, statim reiiciatur, quia actio ipso iure non viget ²⁰). Item si quis, debito iam soluto, ex mutuo condicat, iudicis officio removetur, quia ipso iure sublata est obligatio; aut si mulier ex intercessione in instrumento privato, vel sine instrumento facta conveniatur, actor confestim reiicitur, quia ipso iure libera est mulier atque absoluta ²¹). Longe vero secus in actionibus per exceptionem infirmis res sese habet. Nam si mulier in publico instrumento intercesserit, (ubi potest beneficio

20) L. 1. Cod. de aleat.

21) L. 23. §. 2. Cod. ad SC. Vell. Alia exempla in L. 1. §. 7. D. Quar. rer. act. coll. c. L. 2. §. 2. fin. eod. et L. 33. D. de oper. libert. Vide etiam L. 26, 27. D. de verb. oblig.

uti SC. Velleiani ²²) nunquam iudex actorem, non audita muliere, removebit. Ipso iure enim illa est obligata, et sola exceptione SC. Velleiani opposita, actionem reddit inefficacem. Item si ex pacto de non petendo exceptio alicui competeret, nullo modo actio ipso iure valida, exceptione non opposita, removetur ²³). Exceptioni ²⁴) enim reus renunciare potest, iuris defensionem non debet ²⁵). Quare si, debito iam soluto, reus (si unquam accideret) opponere nollet solutionem, iudex tamen, eam fortasse ex ipsa actoris relatione compertam habens, statim actorem reiiciet, quia nullo modo, ne renuntiante quidem adversario, ex iniusta agere licet actione. Quae quidem differentia maxime in mulierum intercessionibus apparet. Ex intercessione enim sine scriptis confecta nulla actio datur, etiamsi mulier vellet esse obligata. Nam extra iudicium solvere potest, condemnari nequit. Sin vero instrumento publice confecto sese obligaverit et renunciare senatus-consulti beneficio, et condemnari potest ²⁶).

22) L. 23. §. 2. Cod. cit.

23) Nemo mihi obiiciet, plerumque fieri, ut iudex, nisi audito adversario, nesciat, an ipso iure sit actio invalida. Nam haec est facti quaestio, quae plane nullum facit in iuris disquisitione momentum.

24) L. 26. §. 3. D. de cond. indebiti.

25) Potest fortasse, si iudicem decipiat.

26) L. 69. D. de R. I. „Invito beneficium non datur.“ Saepe autem contenditur, mulierem, nisi in quibusdam speciebus, renunciare beneficio non debere. Quam quidem sententiam me sequi non posse, ex supra relatis apparet. Est enim SC. Velleianum lex imperfecta sensu iuridicali, quae non rescindit, sed exceptione succurrit. Nam ipso iure mulier obligata est, sed placuit senatui propter sexus imbecillitatem, „non aequum esse,“ (haec est ratio

Iam vero hic locus est, ut pauca de compensationibus loquar. Satis enim cognitum est, in bonae fidei iudiciis compensationem semper iudicis fieri officio ²⁷⁾. Erat enim iudicis officium aestimandi quantum ex bono et aequo actori deberet restitui; quare adversarius compensare debebat, ne temere lites multiplicarentur ²⁸⁾. Nam si quis decem petens ex bonae fidei negotio desideraret ²⁹⁾ quinque, quae ipse adversario debebat, compensare, etiam invito reo in quinque tantum fiebat condemnatio, quia omnino iudex, ex interrogatione et inquisitione, debitum creditumque inter se contribui posse ³⁰⁾, compertum habens, ex officio id respiciebat. Alia ratio olim erat in stricti iuris iudiciis, quia ex negotiis oriebantur, in quibus alter tan-

praetoria) mulierem prorsus condemnare (L. 2. §. 1. D. h. t.) Mulier igitur, si velit, beneficio uti potest. — At vero necesse est, ut pauca addam de L. 5. Cod. de legg., quae integra, una cum legis occasione, reperitur in Novellis Theodosii II. vid. Hugo Ius civ. anteiust. II. p. 1234. Theodosius enim et Valentinianus, imperatores, proximo anno post publicatum Theodosianum codicem sanciverunt, omnia, quae contra leges facta essent, non solum inutilia, sed pro infectis habenda esse, etiamsi legislator fieri tantum prohibuisset, nec specialiter dixisset, pro infectis esse habenda. Unde quidem conicere licet, omnes imperfectas leges hac constitutione in perfectas, atque exceptiones ex legibus, SCtisve exortas in iuris defensiones transformatas esse. Quod quidem negari nequit. Quum vero ipse Iustinianus in mulierum intercessione antiquam rationem servaverit, constitutio eius tamquam specialis lex iuxta generalem observari debet.

27) Gai. IV. §. 63. §. 30, 39. I. de act. Ius compensationis ex aequitate inductum est. L. 36. D. de administr. tut.

28) Ex hac ratione L. 2. et L. 8. D. de compens. explicandae sunt.

29) Olim adeo cogebantur argentarii cum compensatione actionem instituere. Gai. IV. §. 64.

30) L. 1. D. de compens.

tum debitor, alter erat creditor, contrariaque actio nunquam obtinebat. Deinde vero Marcus Aurelius rescripsit, opposita doli exceptione, compensationem in his quoque iudiciis esse admittendam ³¹). Itaque in stricti iuris iudiciis invito reo nunquam compensabatur, quia nemo ad exceptionem adigi poterat obiiciendam. Iustinianus denique sanxit

in L. 14. Cod. de compens.

»Compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri —, nulla differentia in rem, vel personalibus actionibus inter se observanda.«

Quo factum est, ut reliquae actiones, quoad compensationem, bonae fidei iudiciorum naturam habeant. Quibus breviter expositis perspicuum est, in recentiore quoque Romanorum iure sine effectum non esse hanc differentiam, utrum ipso iure, an exceptionis ope actio sit inefficax. Quod ad finem paucis licet complecti. Iudex enim τὸ ipso iure in omnibus actionibus, exceptiones in bonae fidei iudiciis ex officio observat. In reliquis autem iudiciis exceptiones nunquam ex officio respicit. Quare id saepe, quod iudicis fit officio, generaliter ipso iure fieri dicitur, atque opponitur exceptioni.

§. 6.

De rei iudicatae exceptionis origine.

Quae in universum de exceptionum origine ac progressu dicenda erant, satis enucleate, ut arbitror,

31) §. 30. I. de act.

superioribus paragraphis demonstrata sunt. Iam ad singularis eius exceptionis originem venimus, de cuius natura et conditione, quam Iustiniani tempore habebat, proximo capite fusius ac diligentius dispiciamus.

Quum eo tempore, quo legis actionibus lites componebantur, exceptiones in consuetudinem nondum venissent, primum quaerendum est, qua de causa rei iudicatae exceptio sit posthac desiderata. Nam si quis olim lege vel in rem vel in personam egerat, postea eandem actionem iterum instituere ipso iure prohibebatur ¹⁾, quippe quia tam acerbae, tamque severae antiqui iuris naturae esset consentaneum, ut ius in iudicium deductum lata iudicis sententia in perpetuum exstingueretur. Omnimodo igitur re iudicata stari placebat. Qua de causa, qui male de iure suo expertus, litem velut ex minimo errore perdiderat, culpam in sese ipsum conferre debebat. Et iudex, qui sententiam tulerat pecunia corruptus, capite puniebatur ²⁾. Omni-
no autem diversam in iudiciis rationem Romani post legem Aebutiam sequuti sunt. Quum enim hoc tempore de omnibus rebus, exceptis centumviralibus causis, per formulas litigaretur, etiamsi permulta ex legibus essent exorta, non omnia tamen iudicia, ut olim legis actiones ³⁾, ipsius legis vim obtinebant. Nam formulae, sive in edicto nominatim propositae, sive ex praetoris iurisdictione in factum conceptae, omnes hoc

1) Gai. IV. §. 108.

2) Gell. XX. c. 1.

3) Gai. IV. §. 11.

modo iure honorario nitebantur, quarum quaedam tantum; ut illico demonstrabo, iuris civilis auctoritatem habebant. Qua de re etiam, ipsa iudicis sententia agendi iure minime sublato, postea eadem actio repeti poterat. Verum enim vero quum haec ratio praetori periniqua videretur, aequitatis viam ingressus, illi, unde iterum peteretur, rei iudicatae exceptione opitulabatur. At in quibusdam, ut dixi, actionibus, quippe in quibus vetus iuris civilis principium usque vigeret, haec exceptio supervacua erat. Vetus enim iuris civilis ratio erat ⁴⁾, eam obligationem, qua »dari oportere« intenderetur, lite contestata tolli, ita, ut post litem contestatam non dare debitorem, sed condemnari oporteret; facta vero condemnatione iudicatum facere deberet. Quae quidem ratio quum non arcte legis actionibus cohaereret, sed eodem modo post legem Aebutiam principalis obligationis intentio, et litis contestatio, et condemnatio deinceps sequerentur: postea quoque semel tantum agi de eadem obligatione poterat. Verum autem necesse erat, ut legitimo iudicio atque ea formula ageretur, quae iuris civilis habebat intentionem ⁵⁾. Etenim sive interveniente peregrina persona, sive apud recuperatores, sive extra primum urbis Romae milliarium, acceptum erat iudicium, lite contestata non tollebatur obligatio, quia illa iuris civilis auctoritas partim loco, partim persona, partim iudicum numero coërebatur ⁶⁾. Loco, quoniam extra primum urbis Romae

4) Gai. III. §. 180. „— et hoc est, quod apud veteres scriptum est —.“

5) Gai. IV. §. 107.

6) Gai. IV. §. 103 — 105.

milliarium, omnia iudicia adeo cum imperio erant coniuncta, ut una cum hoc cessarent; persona, quia, nisi inter cives, iuris civilis praecepta plena vi non erant instructa; iudicum numero, quia sub uno iudice legitima iudicia accipienda erant. Recuperatorium enim iudicium, quamquam non modo Romae, sed etiam inter cives lites disceptare poterat, nunquam tamen legitimum erat, quia, ab initio tantum propter lites inter cives peregrinosque institutum, haud dubie quoque post legem Aebutiam, non accepta de civili iure inter cives legitime iudicandi potestate, iure honorario nitebatur ⁷⁾. Omnes igitur actiones, exceptis illis, quas modo enumeravi, semel peractae iterum poterant institui, qua de causa necessaria erat rei iudicatae exceptio ⁸⁾. Iam vero olim, tota causa post litem contestatam relictā, eiusdem litis nullo modo admittebatur continuatio; nunc autem omnes, praeter exceptas, actiones, aut redintegrari ipso iure poterant, aut resuscitari. Qua de re praetor aequitate commotus exceptione rei in iudicium deductae adversario succurrebat ⁹⁾.

Quemadmodum igitur, sive res in iudicium deducta, sive lis finita erat, aequitas praetoris contra repetitae actionis iniquitatem adversario opitularetur, satis iam perspicuum est. Neque vero Gaius eo loco, quo exceptionis rei iudicatae et in iudicium deductae mentionem facit, omnia iam absolvisse videtur. Primum

7) Vide Huschke l. l. in Anall. citt. p. 220. 223.

8) Gai. IV. §. 106.

9) Gai. l. c.

enim forsitan quaeri possit, quaenam ratio in iudiciis centumviralibus observata sit. Atque haud dubitem, quin res in his, quippe in quibus lege ageretur, semel iudicatae ipso iure iterum peragi haud potuerint. Etiam si enim Gaius de illis tantum iudiciis, quae formulis agebantur, disputans, centumviralis non fecerit iudicii mentionem, haud dubie tamen legitimum fuisse censeo, praesertim quum nullo modo posset imperio contineri. Praeterea nulla adest causa, cur antiquam legis actionis rationem ac vigorem in centumvirali iudicio debilitatum commutatumque esse sine speciali lege existimemus.

Deinde vero, ut supra vidimus, quaedam in personam iudicia simul in ius, aut in factum concipi poterant ¹⁰⁾; prima igitur facie actionum concursus inde exortus esse videtur, quia in factum conceptae iterum fortasse potuissent per formulam in ius conceptam institui. Quod si autem hanc variam actionum formam a praetore propter quasdam tantum personas humanitatis causa propositam esse consideremus, talem concursum per se fieri non potuisse perspicuum est, quia adversus easdem personas, quarum natura, id est, tanquam patronorum, vel parentum, semper eadem manebat, actio rursus tantum in factum concipi potuerit.

Quum tandem omnes exceptiones, ut supra vidimus, non uno eodemque tempore, sed pedetentim in usum venirent, quaestio superest difficillima, quando exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae, pri-

10) Gai. IV. §. 47.

mum sit data. Quae quidem quaestio sine ulla dubitatione minime potest propter maximam fontium penuriam dissolvi. Ne enim Ciceronis quidem tempore an haec exceptio iam adfuerit, scripta eius plane aperteque nobis patefaciunt. Verumtamen ex quibusdam locis ¹¹⁾, ubi de firma invictaque rei iudicatae auctoritate agitur, conicere licet, iam hoc tempore iudicum sententias sive ipso iure, sive exceptione omnimodo sustentatas ac stabilitas esse. Veri igitur simile esse mihi videtur, ut lata lege Aebutia haec exceptio statim sit introducta. Non modo enim repugnaret universae iuris Romani historiae illa sententia, omnia iudicia, quae ex magistratum imperio progredierentur, antea iuris civilis vim habuisse, honorariiue iuris postea accepisse auctoritatem; sed multo minus etiam (si contrariam ponamus sententiam) existimandum est, Romanos ullo tempore post legem Aebutiam, omni neglecta et postposita aequitate, iudicum sententias tam exigua firmitate auctoritateque adornasse, ut vana atque irrita prorsus fieri potuissent.

11) Cf. Cap. II. §. 3.

12) Gai. IV. §. 13.

13) Cic. pro Sulla c. 22. pro Flacco c. 21. in Rull. II. 3. de orat. II. c. 27.

CAPUT II.

DE VERA REI IUDICATAE EXCEPTIONIS IN IURE IUSTINIANO NATURA ET INDOLE.

§. 1.

I n t r o d u c t i o.

Quemadmodum Constantino Magno imperante ea, quae tam in universa iurisdictionis administratione novata, quam in singulis rebus iudiciariis commutata sunt, ordinem iudiciorum, si forte vetustate nondum exoleverit, penitus exstinguerent, supra commemoravi. Eodem vero tempore ea etiam iudicia, quae intra primum urbis Romae milliarium habebantur, prae caeteris insigniore auctoritate non excelluisse necesse est. Quamquam enim ipse Constantinus anno 329. p. Ch., nova quaedam de in integrum restitutione constituens *), non modo Romam, Italiam, et provincias segregavit, sed etiam specialiter de iudicibus, qui Romae erant, loquutus est, non dubito tamen, quin postea, ordinatis quatuor illis praefecturis, totius imperii iurisdictio in omnibus iudiciis uno eodemque modo instituta sit, quam-

*) L. 2. Theod. Cod. de integr. restit.

vis etiam in posterum Roma multis praecipuis iuribus privilegiisque gauderet. Qua de causa in omnibus actionibus honorarii iuris rationes valebant, ita ut nunquam neque lite contestata, neque condemnatione subsequuta principalis obligatio tolleretur. Quum autem omnes actiones post latam sententiam, neque iure, neque obligatione per rem iudicatam extincta, iterum institui possent, in quibuscunque iudiciis necessaria erat rei iudicatae exceptio *); cuius singulas conditiones deinceps exponere aggrediar, postquam de generalibus quibusdam principiis, quae ad eam pertinent, prius disputavero.

§. 2.

Generalia quaedam de rei iudicatae exceptione.

Primum quaeritur, utrum tantummodo absoluto reo, ut saepius contenditur, an facta etiam condemna-

*) In §. 5. I. de except. verba ita se habent: „item, si in iudicio tecum actum fuerit, sive in rem sive in personam, nihilominus obligatio durat; et ideo ipso iure de eadem re postea adversus te agi potest; sed debes per exceptionem rei iudicatae adiuvari.“ Facile vero quisque intelliget, quam ineleganter isti triumviri, hoc loco Gaii institutionibus haud sustenti, illam paragraphum conscripserint. Num enim omnes actiones ex obligationibus oriuntur? Gaius autem duobus tantum locis (III. §. 181. et IV. §. 106.) incidenter exceptionis rei iudicatae mentionem fecit, specialiter vero exceptionum doctrinam aggressus, de illa non loquutus est. Sed verisimile est, illum Gaii commentarii locum Tribonianum ante oculos habuisse, ubi de modo tollendarum obligationum agitur, (III. §. 181.) et sola verba: „nihilominus obligatio durat“ inconsulte recepissee. Theophilus in paraphrasi ad h. l. haec verba iure omisit, alioque modo de exceptione loquutus est, de quo in proxima paragrapho dicam.

tionem exceptio locum habeat. Neque enim Gaii commentarius, neque Iustiniani institutiones, neque totus digestorum titulus aperte dilucideque hoc definiunt. Theophilus verbo »ἡττήθη«¹⁾ absolutionem tantum denotat. At vix putem, eum voluisse diligenter ac definite exceptionem describere, sed potius exempli causa de ea loquutus esse videtur. Exceptione enim rei iudicatae, ut iam nomen significat, semper is se defendit, contra quem iterum eadem actio, re semel iudicata, instituitur. Re iudicata autem generaliter vel condemnatio, vel absolutio continetur²⁾, quare utroque casu exceptio denegari non debet. Prima quidem facie Iulianus his verbis contradicere videtur:

L. 16. h. t.

»evidenter enim iniquissimum est, proficere rei iudicatae exceptionem ei, contra quem iudicatum est.«

At vero hanc legem sententiae nostrae non modo non repugnare, sed suffragari potius, facile apparebit. Aptissime enim Iulianus dixit: »iniquissimum esse,« neque vero iniustum; ergo ponendum est, exceptionem, quia iusta sit, non denegari, sed tamquam iniquam replicatione quadam infirmari³⁾. Sunt autem, qui dicant, absurdum esse, creditori concedere, ut saepenumero debitor eadem pecunia condemnetur, ideoque necessariam non esse rei iudicatae exceptionem. Quid vero haec ad rem? Non enim magni momenti est

1) Ad §. 5. I. de except.

2) L. 1. D. de re iud.

3) Cf. §. 6. huius capituli.

nostratum de hac re sententia, quum in ea disceptanda propria iuris Romani principia constanter persequenda sint, facileque species quaedam cogitari possit, ubi creditor iteratam condemnationem desideret. Vidimus autem nullam actionem lata sententia ipso iure perimi, sed tantum opposita exceptione infirmari. Quod si quis igitur, reo in pecuniam damnato, antequam exsequutionem postulaverit, iterum eadem actione experiatur, ut omissas in priore iudicio usuras accipiat, rei iudicatae exceptione opposita merito atque optimo iure removetur. Quod exemplum late patet in Gordiani imperatoris rescripto:

»Si deposita pecunia is, qui eam suscepit, usus est, non dubium est, etiam usuras debere praestare. Sed si, cum depositi actione expertus es, tantummodo sortis facta condemnatio est: ultra non potes propter usuras experiri. Non enim duae sunt actiones, alia sortis alia usurarum, sed una, ex qua condemnatione facta, iterata actio rei iudicatae exceptione repellitur« 4).

Inde iam elucet, rei iudicatae exceptionem esse generalem, atque ubicunque sive condemnatio, sive absolutio subsequuta sit, iterum agenti esse obiiciendam. Sed quidem facile concedam, plures species in consuetudine forensi inveniri, quibus reus absolutus, quam quibus condemnatus hac exceptione utatur; qua de causa permulta huius tituli fragmenta de absolute

4) L. 4. Cod. depositi.

loquuntur. At vix adiici debet, hoc nullam prorsus ad iuris rationem vim habere.

Quum vero iam exposuerim exceptionem nostram re iudicata nasci, necesse est, quaedam de ipsa re iudicata subiicere. Modestinus enim in libro septimo pandectarum eam sic definit:

»Res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit, quod vel absolutione, vel condemnatione contingit« ⁵⁾.

Atque in hac definitione quaeri potest, an totam rem complectatur. Condemnatio enim Gaii tempore in pecuniariam (quia formula ita concepta erat ⁶⁾) aestimationem tantum fiebat; quare iudex nunquam re ipsa adversarium condemnare poterat. Abolito iudiciorum ordine condemnatio usque in pecuniam tantum fiebat, et si iudex in vindicatione, rem actoris esse, pronuntiaverat, possessorem eam restituere iubebat ⁷⁾. Quademum non restituta, condemnatio in aestimatam pecuniam sequebatur. Tali modo igitur, facile aliquis dicat, rei iudicatae exceptionem, si iudex tantum restitui iusserit, locum non habere, quia Modestinus sive condemnationem, sive absolutionem, quarum nulla evenit, ad rem iudicatam requirit. Exempli gratia, si quis vindicatione obtinuerit, et, antequam rem receperit, mortuus sit, heredes vero prius iudicium iudicisque iussum ignorantes, iterum vindicationem in-

5) L. 1. D. de re iud.

6) Gai. IV. §. 48.

7) L. 57, 68, 76. D. de rei vind. L. 10, 44. D. de hered. petit. §.2. 1. de off. iud.

stituerint, quaerendum est, an adversarius exceptione uti possit, quamquam neque condemnatio, neque absolutio subsequuta sit. Equidem respondeo, haud dubie rei iudicatae exceptionem locum habere. Nam in Modestini definitione condemnatio ampliori sensu, iudicisque iussum amplexa, accipienda est. Quod iam per se intelligitur, quia, nisi iudicaverit iudex, nequit restitui iubere ⁸⁾. Ergo condemnatio in iure Iustiniano sensu modo strictiore, modo latiore usurpatur.

Denique ex antecedentibus apparet, si post rem iudicatam iterata actio ipso iure invalida est, exceptionem rei iudicatae non desiderari. Nullum enim dubium est, quin debito soluto actio una cum obligatione ipso iure tollatur ⁹⁾; quare debitor, si condemnatus pecuniam solverit, ipso iure ab repetita actione liberatur. Nihil vero refert, utrum in solidum, an in id, quod facere potest ¹⁰⁾, aliquis sit condemnatus. Nam post condemnationem omnino actio ex prior obligatione repetita per exceptionem rei iudicatae infirmatur; et quamvis damnatio velut pacti exceptione, ut,

8) §. 2. I. cit. „— sive contra possessorem iudicaverit, iubere ei debet, ut rem ipsam restituat cum fructibus.“ Simili modo in praeiudicialibus actionibus, in quibus sola intentio formula continebatur, sine condemnatione aut absolute iudicatur. Gai. IV. §. 44. Theophil. ad §. 13. I. de act.

9) L. 107. D. de solut. Item etiam actione iudicati instituta prior obligatio novatione perimitur. L. 8. §. 3. L. 60. D. de fideiuss. L. 3. pr. Cod. de usur. rei iud.

10) Hoc vulgo beneficium competentiae vocatur, in quod quae falsa et subdita a recentioribus Ictis illata sunt, nuper vir clar. Holtius summa subtilitate extrusit. Cf. Bibliothèque du Jurisconsulte. Liège. 1826. Tom. I. p. 389 — 405.

quatenus facere possit debitor, eatenus agat ¹¹⁾, minuta sit ¹²⁾, tota tamen obligatio in iudicium deducta per solutionem ex causa iudicati ipso iure extinguitur. Qua de causa quam falsa sit opinio intelligitur, eam pecuniam, quam minus debitor persolverit, postea, si ad meliorem fortunam pervenerit, ab eo peti posse. Ex obligatione enim, quae non existit, actio enasci nequit. Sed nova stipulatione contracta efficitur, ut reliqua pecunia peti possit ¹³⁾.

Verum etiam actio in rem, qua quis expertus, rem ab adversario recepit, ipso iure extinguitur, quoniam possidens nullam in rem actionem habet ¹⁴⁾. Iam vero aestimata re, quanti in litem actor iuraverat, nisi adversarius liti se obtulerit, aut dolo fecerit, quominus possideret, ipso iure vindicari iterum non potest, quia dominus in priore iudicio dominium ad possessorem transtulisse videtur ¹⁵⁾. Litis enim aestimatio pro emtione habetur ¹⁶⁾, qua dominium, soluto pretio, statim ad emtorem transfertur ¹⁷⁾. Huic sententiae non obstat

L. 1. D. pro emtore.

11) L. 49. D. de pactis.

12) L. 22. D. de except.

13) L. un. §. 7. Cod. de rei uxor. act.

14) §. 2. I. de act. Verum non modo rem, sed omnem etiam causam restitui oportet, quia quamdiu aliquid iuri deest, adhuc ipsa res petenda est. L. 17. §. 1. D. de rei vind. L. 27. D. de solut.

15) L. 46. D. de rei vind.

16) L. 3. D. pro emtore. L. 7. §. 1. D. de Publ. act.

17) §. 41. I. de rer. divis.

Possessor, qui litis aestimationem obtulit, pro emtore incipit possidere.

Nam ex emtionis analogia recte dicendum est, accepta ab actore aestimationis oblatione, perfectam esse obligationem. Sola vero obligatione dominium non transfertur, sed soluto pretio, id est, soluta aestimationis pecunia. Antea vero possessor iure meritoque pro emtore incipit possidere. Ergo etiam L. 46. D. de rei vind. non solum de oblata, sed de soluta etiam aestimatione intelligenda est. Ubicunque igitur iterata actio ipso iure peremta est, exceptio rei iudicatae non desideratur.

Iam his paucis praemissis cuncta, in quibus rei iudicatae exceptio posita est, singulis paragraphis explicabo. Generale enim principium est, in alia re exceptionem locum non habere. Eadem autem res complectitur, idem corpus, vel ius, vel quantitatem, (eandem rem sensu strictiore) eandem petendi causam, eandemque personarum conditionem; quae nisi omnia concurrant, alia res est ¹⁸⁾).

§. 3.

De eadem re sensu strictiore.

Si diligentius hanc materiam consideramus, facile apparebit, eandem rem sensu iuris dictam haud exigue a quotidiani sermonis usu discrepare. Iam enim per se intelligitur, quod vulgo sit idem corpus, idem

18) L. 7, 12, 13, 14. pr. D. h. t.

ius, eadem quantitas; sed iuris sensu plura etiam his verbis continentur, quae nunc singillatim enumerabo.

Primum enim animadvertendum est, eandem rem non tam stricte esse intelligendam, ut omnimodo neque minuta, neque aucta sit, sed, ut Paullus ait,

»idem corpus, in hac exceptione, non utique omni pristina qualitate, vel quantitate servata, nulla adiectione diminutioneque facta: sed pinguius pro communi utilitate accipitur« ¹⁾.

Nunquam enim, nisi haec ratio esset recepta, eadem res in rerum natura existeret, quia omnes singulae res perpetuae commutationi, continuaeque temporum varietati subiectae sunt. Sed et universitates rerum, numero singularum partium vel aucto, vel diminuto, semper eadem manent ²⁾.

Deinde vero observanda est regula generalis, partem esse in toto ³⁾. Qua ratione si quis totum petiisset, postea partem petens exceptione summovetur. Ac nullum est discrimen inter partem pro diviso et pro indiviso ⁴⁾. Lex 7. D. h. t. multa exempla profert, quibus regula illa satis comprobatur. Totum enim complectitur vel singulam rem corporalem aut incorporalem, vel universitatem, vel etiam plura diversa corpora ⁵⁾, de quibus simul petitis in priore iudicio iudicatum est. Quod si in hac regula de parte accrescente

1) L. 14. pr. D. h. t.

2) E. gr. L. 21. §. 1. D. h. t.

3) L. 7. pr. D. h. t. L. 113. D. de R. I.

4) L. 7. pr. cit.

5) L. 21. §. 2. D. h. t.

sit quaestio, semper requiritur, partem ipsi rei accrescere ⁶⁾; nam si personae tantum accrescit, alia res est. Itaque, parte ususfructus mihi legata, si de toto expertus ac victus sim, postea partem accrescentem non obstante exceptione vindicare possum, quia ususfructus non portioni, sed personae meae accrescit ⁷⁾. Inter legatarios enim fructuarios, usufructu coniunctim relicto, est ius accrescendi ⁸⁾; quare uno fructuario vel mortuo, vel capite deminuto, eius pars non modo caeteris fructuariis, sed et iis accrescit, qui vel re iudicata, vel non usu partem suam amiserant ⁹⁾.

Saepe etiam quaedam res quasi duplicem naturam recipiunt, et modo pro parte alius rei habendae sunt, modo sua vi ac potestate constant. Quando autem partem efficiant, necne, sola adiecta causa determinatur. Exempli gratia animadvertendum est discrimen inter usumfructum, qui pars est domini ¹⁰⁾, ut nos dicimus, causalem, et eum, qui non est domini pars ¹¹⁾, apud nostrates formalem. Hanc solam vindicare, illam non possumus. Qua de causa Pomponius in L. 22. §. 3. h. t.

»si fundum,« ait, »meum esse petiero ¹²⁾,
deinde usumfructum eiusdem fundi petam, qui ex

6) E. gr. L. 26. §. 1. D. h. t.

7) L. 14. §. 1. D. h. t. L. 33. §. 1. D. de usufr. et quemadm.

8) L. 1. pr. D. de usufr. accresc.

9) L. 10. eod.

10) L. 4. D. de usufr. et quemadm.

11) L. 25. D. de V. S.

12) „Καὶ ἰππηθεῖς“ bene addunt Basilica. Vide Meerm. thesaur. V. p. 84.

illa causa, ex qua fundus meus erat, meus sit:
exceptio mihi obstabit.«

In posteriore enim iudicio adiecta causa erat ius domini, non servitutis. Rationem igitur addit Pomponius hisce verbis:

»quia qui fundum habet (i. e. qui se fundi dominum esse pronuntiaverit, etsi in petitione victus sit) usumfructum suum (i. e. tamquam causalem) vindicare non potest.«

Nam in fundi vindicatione simul ususfructus in iudicium deductus videtur. Eadem ratio valet de tignis et caementis ¹³⁾, aliisque similibus rebus ¹⁴⁾, de quibus infra (§. 4.) disputabo.

Accessoria vero sequuntur principale, ut, qui de principali expertus est, postea de accessorio agere nequeat ¹⁵⁾. In illis vero, quae ex ipsa re principali exoriuntur, velut in fructibus partuque ancillae, distinguendum est, utrum iam fuerint in rebus humanis, aestimataque in restitutionem venerint, an nondum procreata nequiverint re iudicata contineri ¹⁶⁾. Nam in illa specie pro parte habentur, atque opposita exceptione postea peti non possunt; in hac exceptio non nocet.

Interdum etiam tota res partis conditione ita adstringitur, ut, parte petita, reliquum peti non possit. At vero in hoc discernendum est inter condemnationem

13) L. 7. pr. et §. 2. D. h. t.

14) L. 4. Cod. depositi. L. 23. D. h. t.

15) L. 26. §. 1. D. h. t.

16) L. 7. §. 1. et 3. D. h. t.

et absolutionem. Quod si secundum me de parte agentem res iudicata sit, multo magis postea caeteras partes petere possum; sin autem remotus sim, non petam, quia eius, ad quem ne pars quidem pertinet, totum esse nequit. Exempli gratia:

L. 26. D. h. t.

»Egi tecum, ius mihi esse aedes meas usque ad decem pedes altius tollere: post ago, ius mihi esse usque ad viginti pedes altius tollere, exceptio rei iudicatae procul dubio obstabit. Sed et si rursus ita agam, ius mihi esse altius ad alios decem pedes tollere: obstabit exceptio, quum aliter superior pars iure haberi non possit, quam si inferior quoque iure habeatur.«

Per se enim iam intelligitur, eum, cui ne decem quidem pedes altius tollendi ius competit, multo minus viginti pedes altius aedificare posse. Contra vero in condemnatione maius per minus non excluditur. Quade re si antea ius mihi decem pedes altius tollendi addictum sit, nihilominus postea agam, ius mihi esse alios decem pedes altius tollere.

At vero diligenter distinguendum est, quomodo prius petatum posteriore contineatur. Interdum enim evenit, ut ius extensius ita minus includat, ut sine minore exsequi non possis. Quia vero utrumque ius propriam habet naturam, alterius petitio ab altero non dependet. Veluti si actum a vicino stipulatus sum, et deinde de itinere agens removeor, nihilominus salva

manet actus vindicatio, quamquam actus iter includit. Neque enim dici potest, cui ne iter quidem competit, actum habere nequit. Utrumque non est idem ius, minore maioreve extensione, ut servitus altius tollendi in superiore exemplo, sed proprium ius, de quo diversis actionibus agere licet ¹⁷⁾.

Haec dicta sunt de eadem re, de qua plura etiam infra planius apparebunt. —

§. 4.

De eadem petendi causa.

Iam ad aliam exceptionis transeamus conditionem, quam veteres Icti multis exemplis illustrarunt. Generaliter eadem causa controversiam ex eodem iure ¹⁾, vel eadem obligatione ²⁾ repetitam significat. Quam ob rem, si quis vel interdicto egerit de possessione, postea in rem agens, vel prius in vindicatione remotus sit, postea condicens non repellitur ³⁾, nam in his aliisque similibus alia causa aliam rem efficit. Nihil novi igitur atque insoliti Modestinus profert in L. 11. D. de except., re scilicet ex falsis instrumentis iudicata, si victus accusare velit, probareque falsa esse instrumenta, rei iudicatae exceptionem opponi non posse. Nam deest eiusdem quaestionis conditio, sine qua ex-

17) L. 11. §. 6. D. h. t.

1) E. gr. L. 11. pr. D. h. t.

2) E. gr. L. 46. §. 5. D. de administr. tut.

3) L. 14. §. 3. L. 31. D. h. t.

ceptio nunquam opponi potest ⁴⁾. Reo enim ex falsis instrumentis absoluto, actor, quum de crimine docuerit, in integrum restitutus rursus de causa auditur ⁵⁾. Ac si condemnatus adversarius, falsa esse instrumenta, probare velit, non obstat praescriptio rei iudicatae, quia, de falso quaestione nondum disceptata, alia res est ⁶⁾.

Sed in singulis actionibus distinguere debet, utrum in rem, an in personam actum sit. Constat autem inter omnes, ut primum de in rem actionibus loquar, has cunctas esse vindicationes, quibus aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere ⁷⁾. Quae quidem rei iurisve persecutio sive generaliter, ut omnes causae una petitione apprehendantur ⁸⁾, sive adiecta causa fieri potest ⁹⁾; quod hoc modo mihi exortum esse videtur. Olim enim inter cives unum dominium ex iure Quiritium erat ¹⁰⁾, quod sacramenti actione, praecedente vindicationis ritu, persequiebatur. Itaque erant vindicationis verba, hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio, et postea sponsionis, si res, qua de agitur, ex iure

4) L. 7. §. 4. D. h. t.

5) L. 2. Cod. si ex fals. instr. L. 33. D. de re iud. Paul. Sent. V. 5. §. 10.

6) L. 1. Cod. si ex fals. instr.

7) Vide praeclaram de in rem et in personam actionibus disputationem viri doctissimi Du Roi in libro, qui inscribitur: Archiv f. d. civ. Praxis. VI. p. 252. sq. et 386. sq. De hypothecaria actione infra dicam.

8) L. 11. §. 5. L. 14. §. 2. D. h. t.

9) L. 11. §. 2. D. h. t.

10) Gai. II. §. 40.

Quiritium mea est, aut formulae petitoriae, si paret, rem ex iure Quiritium A. A. esse; neque vero necesse erat in actione de pleno dominio causam acquisitionis afferre, quia non quaerebatur, quae de causa quaedam res, sed an omnino alicuius esset, atque acquisitionis causa solummodo ad dominii probationem pertinebat. Omnes igitur personae, qui non civili acquisitione, etsi iusta causa, rem Mancipi a domino acceperant, neque contra vindicantem se tueri, neque, amissa possessione, adversus possessorem agere poterant. Quum vero post legem Aebutiam actiones in edicto proponerentur, ex praetoris aequitate etiam his, qui rem in bonis habebant, non modo contra vindicantem exceptio rei venditae ac traditae comparata, sed actio etiam adversus possessorem data est. Quae quidem actio, ut supra memoravi, ficta erat vindicatio, in cuius formula iusta traditionis allegabatur causa ¹¹⁾, quum solummodo ex hac iusta causa actoris ius emanaret. Ex quo factum est, ut postea, legis actione, formulisque abolitis, omnino sive generaliter, sive adiecta causa, in rem agi liceret. Quod si igitur, causa in priore iudicio non expressa, eadem actio, speciali causa, quae prioris petitionis tempore iam aderat, adiecta, rursus instituatur, per rei iudicatae exceptionem reiicitur. Nam omnes causae simul in iudicium deductae, ac re iudicata comprehensae habentur, neque vero amplius quam semel res nostra esse potest. Sed si quis ex speciali causa petens reiiciatur,

11) Gai. IV. §. 36.

nihilominus ex alia causa vindicationem repetere potest. In utroque vero casu aliam causam nova facit acquisitio, quia et in generali petitione ea causa, quae tempore actionis non aderat, neque in iudicium esse deducta, neque diiudicata videtur.

Ex hoc autem generali principio quasdam leges, quae primo adspectu nonnullam interpretationi afferre difficultatem videantur, explicandas esse existimo. Ulpianus enim uno eodemque fragmento haec verba profert ¹²⁾:

» — aut si insulam petierit, deinde aream vel tigna, vel lapides petat. Item si navem petiero, postea singulas tabulas vindicem.« (scil. obstabit exceptio.)

et porro ¹³⁾:

» sed in caementis et tignis diversum est. (i. e. exceptio rei iudicatae non nocet.) Nam is, qui insulam petit, si caementa, vel tigna, vel quid aliud suum petat, in ea conditione est, ut videatur aliud petere: etenim cuius insula est, non utique et caementa sunt; denique ea, quae iuncta sunt aedibus alienis, separata dominus vindicare potest.«

Qui duo loci vehementer inter se pugnare videntur. Sunt igitur, qui dicant, illic tigna vel lapides domui adhuc cohaerere, hîc domum destructam esse. Quae quam falsa sit opinio, vix ostendere opus est. Nam illo ca-

12) L. 7. pr. D. h. t.

13) L. 7. §. 2. eod.

su, quia domino omnino, nisi diruta domo, singula tigna vindicare non licet ¹⁴⁾, de obstante rei iudicatae exceptione quaeri nequibat, sed actio per se denegabatur. At vero duae species hoc loco discernendae sunt. Tigna enim cum domo cohaerentia sunt sive non aliena, et ad eum pertinent, cuius est domus, sive aliena, et ad hunc non pertinent, sed, quia cum aliena domo cohaerent, vindicari nequeunt. Illa species in exemplo in legis principio prolato prostat. Videlicet si quis domum, quam suam existimabat, a possessore vindicans ab actione, non probato dominio, remotus sit, postea, destructa domo, singula tigna eadem causa, qua antea totam domum petierat, vindicare nequit. Petit enim non ea ratione, quia cum domo aliena cohaesissent, et nunc, domo diruta, ab ipso possent vindicari, sed eadem causa, qua antea domum suam esse putabat. Haec est secundae paragraphi legis species. Quod si igitur tigna alicuius in aliena domo inaedificata sint, eorumque dominus postea totam domum, quam suam arbitrat, a possessore petens, quia non est dominus, reiiciatur, nihilominus tamen, diruta domo, tigna sua petere potest. Nam res iudicata generaliter quidem et totam domum et partes eius complectitur, neque vero eam materiae partem, quae iam, domo nondum aedificata, vindicantis erat. Haec enim singula tigna, quoniam, domo non destructa, vindicatio eorum dormiebat ¹⁵⁾, in prius quoque iudicium deducta non esse videntur.

14) L. 23. §. 6 et 7. L. 59. D. de rei vind. L. 7. §. 10. D. de acquir. rer. dom.

15) L. 23. §. 5. D. de rei vind.

Ulpianus igitur nullo modo sibi contradicit, sed altero exemplo propter eandem petendi causam valet regula, partem esse in toto, altero vero causa alia aliam rem efficit.

Deinde vero in vindicationibus, quibus semper adversus possessorem agitur ¹⁶⁾, accurate disquirendum est, quo modo prius iudicium sit finitum. Accidit enim interdum, ut, adversario, quia non possidebat, statim absoluto, nihil de actoris iure sit iudicatum. Qua de causa, si iterum adversus eundem reum, acquisita ab eo possessione, actio instituatur, exceptio rei iudicatae locum non habet ¹⁷⁾, quia de iure, quo actio nititur, in priore iudicio non est iudicatum, priorisque absolutionis causa possessionis acquisitione evanuit. Idem etiam in actionibus in rem scriptis, quae tantum adversus possessorem instituuntur, observatur. Veluti si quis ad exhibendum egerit, quia non possidebat, absoluto, iterum adversus possidentem agenti exceptio non obstabit ¹⁸⁾.

At vero pauca de lege 9. pr. h. t., quae huic sententiae contraria esse videtur, dicere necesse erit. Verba eius haec sunt:

»Si a te hereditatem petam, quum nihil possideres; deinde, ubi coeperis aliquid possidere, hereditatem petam: an noceat exceptio ista? Et putem, sive fuit iudicatum, hereditatem meam

16) L. 25. pr. D. de obl. et act. L. 1. Cod. ubi in rem. L. 36. D. de rei vind. Gai. IV. §. 51.

17) L. 17. D. h. t.

18) L. 18. D. h. t. cf. etiam L. 12. §. 2. D. ad exhib.

esse, sive adversarius, quia nihil possidebat, absolutus est, non nocere exceptionem.»

Ulpianus hac lege utramque speciem supra significatam proponens generaliter concludit, »non nocere exceptionem.« Quae quidem ultima verba duplicem sensum recipiunt, alterum, omnino exceptionem, sola absolutione subsequuta, locum non habere, alterum, re secundum actorem iudicata, exceptionem per replicationem infirmari ¹⁹⁾). Ergo utroque casu non nocet exceptio, sive ipso iure, sive praetoris aequitate. Unde apparet, Ulpianum de solo effectu loquentem principio nostro non contradicere.

Haec dicta sunt de in rem actionibus. Restat, ut de personalibus actionibus disseram, in quibus contraria ratio obtinet. Quamquam enim non amplius quam semel res nostra esse, saepius tamen deberi potest ²⁰⁾). Exempli gratia:

L. 18. D. de obl. et act.

»Si is, qui Stichum dare stipulatus fuerat, heres extiterit ei, cui ex testamento idem Stichus debebatur: si ex testamento Stichum petierit, non consumet stipulationem. Et contra, si ex stipulatu Stichum petierit, actionem ex testamento salvam habebit: quia initio ita constiterint hae duae obligationes, ut altera in iudicium deducta, altera nihilominus integra remaneret ²¹⁾).«

19) L. 9. §. 1. D. h. t. Vide etiam, quae dixi in §. 6.

20) L. 14. §. 2. D. h. t.

21) Cf. etiam L. 19. eod. L. 10. D. de act.

Quae quidem sententia tam simplex, tamque facilis intellectu esse videtur, ut, quamvis multa alia exempla in promptu sint, nil amplius de ea subiungam.

Iam vero Ulpianus rei iudicatae exceptionis definitionem, a Iuliano prolatam, his verbis allegans,

»generaliter exceptio rei iudicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur, vel alio genere iudicii«²²⁾,

ad eandem causam non semper eandem actionem requirit, sed alio quoque iudicio eandem quaestionem revocari posse contendit. Qua de re quaedam subiiciam. Interdum enim evenit, ut, quamvis ex eadem obligatione plures actiones de eadem re nascantur, una tantum uti possimus²³⁾. Exempli causa:

L. 25. §. 1. h. t.

»Est in potestate emtoris, intra sex menses redhibitoria agere mallet, an ea, quae datur, quanti minoris homo, quum veniret, fuerit. — vere dicitur eum, qui alterutra egerit, si altera postea agat, rei iudicatae exceptione summoverti.«

Requiritur tamen in tali concursu, ut omnes actiones eadem causa nitantur, quia aliter rei iudicatae exceptio locum non habet²⁴⁾. Itaque, si duae actiones de eadem re ex diversis obligationibus oriuntur, nunquam, ut vidimus, exceptio illa opponi potest. Interdum vero (quod hic fusius explicandi non est locus)

22) L. 7. §. 4. D. h. t.

23) L. 41. pr. L. 53. D. de obl. et act. L. 43. §. 1. D. de R. I. L. 2. D. de cond. sine causa. L. 11. §. 14. D. act. emti. L. 5. D. h. t.

24) L. 14. pr. D. h. t.

aequitas non patitur, ut bis idem exigatur ²⁵⁾, quare, si quis rem una actione consequutus sit, alia experiri nequit. Ad quod pertinet, ut exemplum proferam,

L. 34. §. 1. D. de obl. et act.

»Si is, cui rem commodavero, eam subriperit, tenebitur quidem et commodati actione et conditione, sed altera actio alteram perimit aut ipso iure, aut per exceptionem.«

Qua specie commodati actione aliquis expertus, ac non probato contractu remotus, nihilominus, non obstante rei iudicatae exceptione, condicere potest. Nam priori iudicio de furto non iudicatum erat, quo alia causa efficitur. Ac si alterutra actione rem actor consequutus sit, utram primum instituerit, distinguendum est. Bonae fidei enim actio, cui exceptio doli inest ²⁶⁾, iudicis officio ²⁷⁾ exstinguitur, stricti iuris actio opposita doli exceptione infirmatur ²⁸⁾.

Atquin anomaliam iuris Romani in conditione furtiva invenimus ²⁹⁾. Per se enim iam intelligitur, vindicationem conditionemque nullo modo concurrere posse, quia, ut Gaius ait ³⁰⁾, id, quod alicuius

25) L. 57. D. de R. I.

26) L. 21. D. solut. matrim.

27) In lege 34. cit. ipso iure, ut saepe fit, iudicis officium significat. Cf. Cap. I. §. 5. in fine.

28) L. 71. D. de furtis. L. 3. §. 5. L. 6. §. 4. D. nautae. Donnellus Comm. iur. civ. l. XXI. c. 3.

29) Theophilus ad §. 14. I. de act. dicit: — παραβαίνουμεν ἐν ταῦθα τοὺς κανόνας.

30) Gai. III. §. 99. IV. §. 4.

est, ei dari non potest. Introduta vero hac anomalia odio furum ³¹⁾, rei nostrae aut vindicando, aut condicendo persequutionem habemus ³²⁾. Qua de causa haec conditio veram conditionis naturam amisit, dominoque tantum, cui res subrepta est ³³⁾, competit ³⁴⁾. Unde apparet, si vindicatio, non probato dominio, reiecta sit, conditioni posse rei iudicatae praescriptionem opponi, quia de iure dominii in priore iudicio iudicatum est; adversario vero, quia non possidebat, absoluto, sive re per vindicationem restituta, ipso iure salvam manere conditionem ³⁵⁾, actoremque vel cogi ante restitutionem conditioni renuntiare ³⁶⁾, vel doli exceptione opposita removeri ³⁷⁾.

Iam etiam alio modo eadem quaestio revocatur. Nam si ex uno eodemque iure et actio et exceptio competit, iure actoris alterutro modo diiudicato, altero modo postea idem ius exerceri nequit. Quam ob rem si quis, tali defensione in iudicio usus, a iudice ius ei non competere iudicante repulsus sit, actionem quoque ex eadem causa amittit, obstanteque rei iudicatae exceptione ab illa removetur. Quod ut plane aperteque demonstremus, nonnullas tantum leges laudasse sufficiet.

31) Gai. l. c. §. 14. I. de act.

32) §. 19. I. de obl. qu. ex del.

33) L. 11. D. de cond. furt.

34) L. 1. D. eod. L. 14. §. 16. D. de furt.

35) L. 8. pr. D. de cond. furt. L. 9. §. 1. D. de furt.

36) L. 9. §. 1. cit.

37) Argum. L. 3. §. 5. D. nautae.

Ulpianus in L. 7. §. 1. D. de compens. loquitur de compensatione in iudicio a reo obiecta his verbis:

»si rationem compensationis iudex non habuerit, salva manet petitio: nec enim rei iudicatae exceptio obici potest. Aliud dicam, si reprobat pensationem, quasi non existente debito: tunc enim rei iudicatae mihi nocebit exceptio.«

Hinc iam apparet, eum, qui se defenderat compensatione, hac a iudice reprobata, postea debitum petere non posse. Verum non ex quacunque ratione reprobatio hunc effectum producit; nam si compensationem, causa non liquida, multisve innodata ambagibus ³⁸), iudex reiecerit, salva manebit debiti petitio, quia in priore iudicio non de existente debito, sed tantum de admittenda huius debiti compensatione iudicatum est. Itaque hoc casu res iudicata non obligationem, sed compensationem complectebatur, posteaque ex illa obligatione agenti rei iudicatae exceptio non obstabit.

Aliud exemplum Marcellus profert in L. 19. D. h. t.

»duobus diversis temporibus eandem rem pignori dedit: egit posterior cum priore pignoratitia et obtinuit: mox ille agere simili modo instituit. Quaesitum est, an exceptio rei iudicatae obstaret? Si opposuerat exceptionem rei sibi ante pignoratitiae, et nihil aliud novum et validum adiecerit, sine dubio obstabit. Eandem enim quaestionem revocat in iudicium.«

38) L. 14. Cod. de compens.

Priusquam vero diligentius in hanc legem inquiram, de actione hypothecaria, sive pignoratitia, ut quoque nuncupari solet, propter diversas de ea opiniones, quamnam ego sequutus sim, demonstrabo. Vir clar. Du Roi summo ingenii acumine novam atque subtilem sententiam de in rem actionibus pronuntians, inter alia et hoc probare studuit, hypothecariam actionem utilem esse vindicationem non ex ipso iure in re aliena enatam, sed quasi ex persona debitoris, cui directa vindicatio competeret, institutam ³⁹⁾. Quam deinde sententiam sequutus vir clar. Zimmern huic doctrinae convenienter eloquutus est, ius pignoris non esse proprium ius in re, sed ius agendi atque alienandi creditori ex ipsius debitoris iure derivatum praeberi ⁴⁰⁾. Equidem his viris doctissimis non adsentiens rationes, quibus commotus a sententia eorum recedam, latius uberiusque demonstrarem, nisi id longius me a proposito avocaret. Itaque omnino ad ea, quae vir doct. Michelsen vulgarem vindicans doctrinam proposuit ⁴¹⁾, lectorem delegare, atque id proferre licebit, in quo potissimum illa opinio me offendit. Nimirum enim, etsi fieri posset, ut creditor adversus alium possessorem ex persona debitoris, vel quasi ex mandato eius ageret, cogitari tamen nullo modo potest, creditorem adversus debitorem quasi ex huius

39) Cf. Archiv f. d. civ. Praxis. VI. p. 400.

40) Eodem libro. VII. p. 315.

41) Eodem libro. VIII. p. 362. et Hasse in libro, qui inscribitur: Rheinisches Museum. Bonn 1827. p. 94.

ipsius mandato agere ⁴²). Nisi igitur duplicem hypothecariae naturam esse putemus, alteram adversus debitorem, alteram adversus alium possessorem, (cuius rei nusquam in legibus mentio facta est) aliam communem actionis in utraque specie originem accipiamus necesse est.

Tria enim iura in re, emphyteusis, superficies, pignus, sunt propria iura in re vario complexu, prout maiorem minoremve is, cui competunt, ipsius rei habeat potestatem. In eo vero omnia congruunt, quod propriam in rem actionem progignunt. Atque haec actio neque directa rei (corporalis) vindicatio est, quia is, cui ius competit, non est dominus rei, neque iuris (rei incorporalis) vindicatio, quia iuris dominium non habet; sed ex ipso iure in re aliena actio in rem praebetur, quae, quum parem ac rei vindicatio effectum habeat, utilis vindicatio nominatur. Itaque hypothecaria actio saepe simpliciter vindicatio nuncupari solet, ut in Marciani libro singulari ad formulam hypothecariam hisce verbis:

»in vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideat is, cum quo actum est ⁴³).«

Neque vero de pignore sensu strictiore, sed generaliter de hypothecaria actione hoc loco disputatur. Idem est in Paulli libro quinto responsorum:

42) Praeterea observo, ante Iustinianum utilem vindicationem, ut videtur, nisi ex iure in re, institui non potuisse. L. 9. Cod. de hered. vel act.

43) L. 16. §. 3. D. de pignorib.

»qui pignoris iure rem persequuntur, a vindicatione rei eos removeri solere, si qualiscunque possessor offerre vellet: — « 44)

Unde iam elucet, hypothecariam saepe cum vindicatione comparatam simile quoque fundamentum habere. Quod quidem est in rei vindicatione ius domini, id est, rem esse actoris, in hypothecaria ius pignoris, id est, rem actori esse obligatam. Utraque autem instituitur adversus possessorem de re restituenda, et nihil refert in hypothecaria, an reus sit debitor, vel alius creditor, vel quivis possessor. Iam vero neminem offendet ista formula, »rem in bonis debitoris fuisse,« quae generaliter ad fundamentum actionis pertineat. Neque enim solius facti probatio sufficit, sed an iure factum sit, quia aliter obligatio omnino non existeret. Quo igitur iure probato, creditor adversus quemcunque possessorem agens officio suo satisfecit, actioque iusta est; sed tamen iniquissimum foret, utique possessorem 45) condemnare, qui fortasse ex conditione sua quasdam habeat exceptiones. Atque in tali conditione versatur alius creditor, cui licet exceptionem, aequae sibi rem esse obligatam, opponere 46). Quo enim modo pari causa effecta, possessor potior habetur, actorque aliter, nisi replicatione, rem sibi ante esse obligatam, sese tueri nequit. Verum etiam adversario, si

44) L. 12. §. 1. D. quib. mod. pign.

45) Per se iam intelligitur, actorem quoque adversarii possessionem probare oportere. L. 16. §. 3. cit.

46) L. 12. pr. D. qui pot. in pign. L. 10. D. de pignorib.

forte se priorem esse creditorem putet, statim excipere licet, rem sibi ante esse obligatam ⁴⁷⁾. Atque tali modo plures species inveniuntur. Ne vero longior sim, alias conditiones praetermitto, quum dicta satis ad rem sufficient.

Videamus nunc, quam sibi speciem finxerit Marcellus. Ac nemo dubitabit, quin actum sit in alium creditorem, qui, exceptione rei sibi ante pignorate sive non probata, sive contraria actoris probatione refutata, ad rem restituendam coactus, postea in priorem actorem de pignore egerit, obiectaque rei iudicatae exceptione remotus sit. Ratio enim est, quod eadem quaestio in iudicium revocata erat. Nam re iudicata potior ratione temporis factus est is, qui in lite obtinuit. Verum si alius creditor, quia actori rem omnino non esse obligatam putaret, exceptione, rei sibi ante pignorate, non usus, tantummodo negasset, et actor, probato actionis fundamento, vicisset, quaeritur, an postea rei iudicatae exceptio obstet? Equidem puto exceptioni locum non esse, quia, temporis quaestione in priore iudicio non disceptata, res iudicata nil nisi fundamentum actionis continet ⁴⁸⁾.

Denique aliud exemplum, ubi, actione instituta aliquis remotus, postea, ex eadem causa exceptionem sumens, per rei iudicatae replicationem summovetur, Iulianus profert in

L. 24. D. h. t.

47) L. 12. pr. cit.

48) Cf. etiam L. 30. §. 1. D. h. t. verb.: „Quum autem pignoratitia --“.

»Si quis rem a non domino emerit, mox petente domino absolutus sit, deinde possessionem amiserit, et a domino petierit, adversus exceptionem, si non eius sit res, replicatione hac adiuvabitur, at si res iudicata non sit.«

Ex dominii enim iure et actio adversus possessorem, et exceptio in quibusdam causis contra alium petentem oriuntur. Itaque si quis a iudice in vindicatione remotus dominium (etiamsi civiliter dominus permaneat) re iudicata quasi amiserat, postea in dominii cum eadem persona controversia exceptione aequissime uti nequit. Semper autem requiritur, ut iam supra dixi, in priore iudicio quaestionem de dominio esse iudicatam, quia aliter non eadem quaestio in iudicium revocatur.

Quibus ex rebus breviter disputatis intelligi potest, qua diversa ratione eadem causa in hac exceptione accipiat.

§. 5.

De eadem personarum conditione.

Superest tandem, ut de tertia exceptionis conditione loquar. Nimirum si eadem res et causa in posteriore iudicio repetuntur, necessarium est, ut inter easdem personas ¹⁾ iterata controversia exorta sit, quia res iudicata aliis neque nocet, neque prodest ²⁾.

1) L. 3. L. 7. §. 4. L. 14. pr. L. 27. D. h. t. L. 1. §. 1. D. de litigios.

2) L. 10. D. de except. L. 16. D. qui pot. in pign.

In hac tamen regula quarundam rerum gratia contrarium accipitur. In praeiudicialibus enim actionibus, quae in rem esse videntur, ut Iustinianus ait ³⁾, si de statu hominis lata est sententia, res iudicata pro veritate ita accipitur, ut quivis hunc statum agnoscere debeat ⁴⁾. Ulpianus in libro primo ad legem Iuliam et Papiam dicit:

»ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus, quia res iudicata pro veritate accipitur« ⁵⁾,

ex quo loco regula illa in L. 207. D. de R. I. depromta est. Generaliter quidem dicere posses hanc sententiam in omnibus iudiciis valere; atque utique, ne verbi sit controversia, concedo, rem iudicatam et in aliis iudiciis inter partes pro veritate accipi posse. Ro-

3) §. 13. I. de act. Magis enim haec praeiudicia in rem, quam in personam actiones aequiparare videntur, quia actio in personam semper obligationem requirit, in status vero controversia esse iuris vindicationem dici potest. Videlicet olim semper assertor libertatem eius, qui ad eam proclamaverat, vindicabat, (Schulting ad Paul. Sent. V. 1. §. 5.) ut lictor in vindicta manumissione; (Unterholzner in: Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. II. p. 139. sq.) quare causis centumviralibus adnumerabatur (Cic. de orat. I. c. 38.) Neque vero sublata a Iustiniano assertione (Cod. VII. 17.) actionis natura mutata est, sed ipse, qui proclamaverat, de status sui iure per procuratorem agebat. Theophilus paraph. ad §. 13. I. de act. huius actionis intentionem sic profert, „*εἰ φαίνεται με ἐλεύθερον εἶναι*“, cui similis intentio in controversia de statu filii cogitari potest. Sed vide etiam Du Roi in: Archiv f. civ. Pr. VI. p. 408.

4) L. 1. §. 16. L. 2, 3. D. de agnosc. Arg. L. 3. D. de lib. caus. L. 42. D. de noxal. act. Cf. etiam Ch. H. Kindii var. iur. obss. Lipsiae. Syll. II. p. 44, 45.

5) L. 25. D. de stat.

mani autem, ut mihi videtur, de veritate inter partes non loquebantur, sed potius dicebant, sententia facit ius inter partes ⁶⁾, quia olim praetor in formula, ut postea quivis iudex lata sententia, ius inter partes reddebat ⁷⁾.

In omnibus igitur reliquis actionibus res iudicata nemini, nisi iisdem partibus, sive prodest sive nocet. Nunc vero primum quaerendum est, quae sit eadem persona. Sensu enim generali eundem hominem significat, qui suo nomine actionem repetit. Verum etiam latius haec significatio extenditur.

Exceptio enim rei iudicatae omnes personas continet, quae rem in iudicium deducere solent ⁸⁾; quod Ulpianus in L. 11. §. 7. h. t. his verbis exponit:

»hoc iure utimur, ut ex parte actoris in exceptione rei iudicatae hae personae continerentur, quae rem in iudicium deducunt; inter hos erunt procurator, cui mandatum est, tutor, curator furiosi vel pupilli, actor municipum: ex

6) Cic. Top. c. 5.

7) Hic non licet fusius de hac re disputare, sed hoc tantum animadvertam, Romanos hanc sententiam nusquam, nisi de status controversia loquentes, protulisse. Quibus in controversiis ille iudicium inquirendi modus latissime se ostendebat, ita ut ne confessio quidem sine veritatis inquisitione, (L. 24, 39. Cod. de lib. causa) neque soli testes, sine instrumentis et argumentis (L. 2. Cod. de test.) ad sententiam producendam sufficerent. Item observatur in controversia de statu familiae. (L. 14. Cod. de prob. L. 3. §. 3. D. de iureiur.) Denique notissimum est, libertatibus semper propitios fuisse (L. 38. D. de re iud. L. 106, 122. D. de R. I.) Romanos, ut in illis contra rei naturam rem iudicatam pro veritate acciperent.

8) L. 4. D. h. t.

persona autem rei etiam defensor numerabitur: quia adversus defensorem, qui agit, litem in iudicium deducit.«

Quae omnes personae cum domino litis, id est, veluti mandatore, pupillo, municipibus, eandem personam efficiunt, quia non suo, sed eorum nomine agunt. Procuratores enim, qui alieno nomine agunt, dominum rem ratam habiturum satisfacere coguntur, nisi mandatum actis insinuatum sit, vel praesens dominus in iudicio procuratoris sui personam confirmaverit⁹⁾. Idem etiam observatur in tutoribus, vel curatoribus, vel aliis personis, quae alieno nomine agunt¹⁰⁾. Ab eius vero parte, quocum agitur, siquidem alieno nomine quis interveniret, iudicatum solvi satisfabatur, quia nemo defensor in aliena re sine satisfactione idoneus esse creditur¹¹⁾; excepto eo casu, si praesens, qui convenitur, procuratorem dare, et sive in iudicio, sive extra iudicium satisfactionem stipulatione firmare paratus sit. In omnibus igitur speciebus prolatis res inter eos, qui alieno nomine sive agebant, sive defendebant, iudicata litis etiam dominos continet.

At vero et extraneus eandem prioris agentis conditionem recipit, si ius suum ab illo deducit¹²⁾. Distinguendum autem est, utrum ante, an post rem iudi-

9) §. 3. I. de satisd. L. 1. Cod. de procurat.

10) §. 3. I. cit. L. 33. D. de administr. tut. L. 6. §. 3. D. quod cuiusc. univers.

11) §. 1. et 5. I. cit. Ideoque etiam filiusfamilias absentem patrem defendens satisfacere debet. L. 14. D. qui satisd. cog.

12) L. 9. §. 2. L. 11. §. 3. 9. L. 28. D. h. t.

catam acceperit. Nam priori casu scienti tantum exceptio nocet, qui admonitus in iudicio non intervenit ¹³). Plura exempla profert L. 63. D. de re iud. Veluti si debitor de dominio rei, quam pignori dedit, egerit ac victus sit, scienti creditori res iudicata nocet. Nam intervenienti dominium debitoris probare licebat; quo non probato et de pignoris iure e dominio derivato iudicatum esse videtur ¹⁴). Huic autem non obstat

L. 11. §. ult. D. h. t.

»Item si rem, quam a te petierat, Titius pignori Seio dederit, deinde pignoratitia adversus te utatur, distinguendum erit, quando pignori dedit Titius. Et si quidem antequam peteret: non oportet ei nocere exceptionem; nam et ille petere debuit, et ego salvam habere debeo pignoratitiam actionem. Sed si posteaquam petit, pignori dedit, magis est, ut noceat exceptio rei iudicatae« ¹⁵).

Hac lege enim manifesto de nesciente creditore agitur, atque iniquissimum fore perspicuum est, creditori, qui intervenire non potuit, postea actionem non concedere ¹⁶). Eodemque modo si sciens maritus socerum de

13) L. 63. D. de re iud. „Scientibus sententia, quae inter alios data est, obest, quum quis de ea re, cuius actio vel defensio primum sibi competit, sequenti agere patiatur. —“

14) L. 63. D. cit. „— is vero, qui priorem dominum defendere causam patitur, ideo propter scientiam praescriptione rei, quamvis inter alios iudicatae, summovetur, quia ex voluntate eius de iure, quod ex persona agentis habuit, iudicatum est.“

15) Vide etiam L. 3. pr. D. de pign., quae eodem modo explicari debet.

16) L. 29. §. 1. D. h. t.

ea re, cuius vindicatio primum sibi competit, agere patiatur, neque ad agendum procedat, reiecto socero, ipse etiam postea per rei iudicatae exceptionem removetur ¹⁷⁾. Si quis vero post latam sententiam ius suum ab auctore receperit, omnino ei prodest vel nocet res iudicata. Videlicet si quis, re contra debitorem iudicata, rem pignori acceperit, hypothecaria agens per exceptionem rei iudicatae removetur, quia debitor, dominio per rem iudicatam amisso, ius in ea re, quae sua non est, ad alium transferre nequit ¹⁸⁾. Quemadmodum igitur et aliae personae, quae antea non egerant, eandem agentis conditionem habeant, satis apparet. Nunc ad iniquam rei iudicatae exceptionem transeamus.

§. 6.

De remediis contra iniquam rei iudicatae exceptionem.

Antea iam exposui, praetores in introducendis exceptionibus maxime aequitatem contra iuris civilis acerbiter iniquitatemque esse sequutos, quo magis magisque eundem stricti iuris effectum producerent. Qua de causa exceptio quaedam, si omnes eius conditiones in speciali causa existant, nunquam statim dene-

17) L. 63. D. cit.

18) L. 3. §. 1. D. de pign. In hoc enim obtinet regula: (L. 54. D. de R. I.) nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet. Etiam si enim antea debitor verus fuerit dominus, et post rem iudicatam dominium civiliter retineat, ius suum tamen propter exceptionem rei iudicatae inefficax est; atque omnia iura ex tali dominio derivata efficacia sunt nudata.

gatur, sed altero aequitatis remedio, id est, replicatione, infirmatur. Itaque, ut de nostra exceptione loquar, si omnia, in quibus posita est, concurrant, iusta vocatur, atque ab eo, cui competit, iure meritoque opponitur. Ex quibusdam tamen causis haec iusta exceptio iniqua fieri potest, replicationeque opposita infirmatur. Sed una tantum replicatio propriam habet naturam, ut prae caeteris maxime sit observanda. Nimirum replicatio si secundum me iudicatum non est, quae solummodo in actionibus in rem locum habere potest.

Nam si in rem agatur, vario modo, ut supra dixi, absolutio fieri solet. Sententia enim modo solam absolutionem continet, quia initio iam, adversarium non possidere, liquit, modo, re secundum petentem iudicata, adversarium, quia ante litem finitam sine dolo desiit possidere, absolvit. Adversarius autem, sola absolutione, quia non possidebat, subsequuta, postea rei possessionem adeptus domino iterum petenti exceptionem opponere nequit ¹⁾. Simul vero de dominio quaestione secundum petentem disceptata, ex ipsa re iudicata postea possessori, quia omnes conditiones concurrunt, exceptio non denegatur. At vero iniquissimum est, proficere rei iudicatae exceptionem ei, contra quem iudicatum est, ut Iulianus ait ²⁾; ideoque petenti replicatio, at si res secundum me non sit iudicata, praebetur, quia

1) Vide quae dixi in §. 4. ad L. 9. pr. D. h. t.

2) L. 16. D. h. t.

secus rei iudicatae effectus penitus tolleretur. Iudicis enim in priore iudicio sententia eo tendebat, ut res actori restitueretur; sed quia fortuito casu restitutio, non possidente adversario, subsequi nequiverat, iniquissimum fuerit, actori non concedere, rem suam iterum vindicare, quoniam in posterum restitutio fieri potest.

Quae dixi, late patent in

L. 9. §. 1. D. h. t.

Si quis fundum, quem putabat se possidere, defenderit, mox emerit re secundum petitem iudicata; an restituere cogatur? Et Neratius ait: si actori iterum petenti, obiiciatur exceptio rei iudicatae, replicare eum oportere de re secundum se iudicata³⁾.

Certum est, reum post rem iudicatam emisse, quia, si antea emisset, Ulpianus quaerere non potuerit, an restituere cogeretur. Paullus enim in L. 27. §. 1. D. de rei vind.

»si litis,« ait, »contestatae tempore non possidet, quo autem iudicatur possidet; probanda est Proculi sententia, ut omnimodo condemnatur — «⁴⁾.

Putat vero hanc speciem in nostra lege. Reus se possidere existimans rem bona fide defendit et vinci-

3) Quem locum fusius interpretatus est vir cl. Ribbentrop in comm. ad L. 16. §. 5. D. de pign. et L. 9. §. 1. D. de except. r. i. Götting. 1824.

4) Id est, sive restituat, sive in aestimatam pecuniam condemnatur. Cf. §. 2.

tur. Quum vero restituere velit, intelligit se non possidere et absolvitur. Mox re emta non simpliciter rem restituere cogitur, quia semel absolutus una cum possessione novas fortasse defensiones nactus sit, sed iterum actorem oportet vindicare. Quoniam autem res semel iudicata erat, adversario rei iudicatae exceptio denegari nequit; sed, quamquam est iusta, tamen iniqua fit in hac specie, quam ob rem actori datur replicatio, rem secundum se esse iudicatam.

Aliud exemplum Marcianus in L. 16. §. 5. D. de pign. his verbis profert:

»creditor hypothecam sibi per sententiam adiudicatam⁵⁾, quemadmodum habiturus sit, quaeritur; nam dominium eius vindicare non potest. Sed hypothecaria agere potest; et si exceptio obicietur a possessore rei iudicatae, replicet, si secundum me iudicatum non est.«

Quo in loco primum quaerendum est, quam sibi speciem Marcianus finxerit. Equidem non dubito, quin similis sit L. 9. modo laudatae. Puta igitur creditorem agere adversus eum, qui se possidere arbitratus, re secundum creditorem iudicata, pignus restituere vellet, et tum se non possidere intelligens absolutus sit. Mox vero, adversario possessionem nacto, Marcianus quaerit, quo modo creditor rem habiturus sit. Dominium enim vindicare nequit, quoniam per adiudicationem hypothecae dominium rei non acquisierit, sed iterum eandem hypothecariam, Marcianus putat, instituere

5) De hoc verbo cf. L. 12. pr. D. qui pot. in pign.

posse. Et recte. Nam etsi iustam habeat possessor ex re iudicata exceptionem, actori tamen contra eius iniquitatem danda est replicatio, rem secundum se esse iudicatam. Atque idem esset dicendum, si reus litis contestationis quidem tempore possederit, re tamen secundum actorem iudicata, possessionem sine culpa amiserit. Multo magis enim Marcianum huiusmodi speciem ante oculos habuisse putarem, quoniam in eiusdem legis §. 3. de diversis in actione hypothecaria adversus possessorem speciebus loquitur. Optime enim cum verbis:

»in vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideatis, cum quo actum est. Nam si non possideat, nec dolo fecerit quominus possideat, absolvi debet,«

nostram paragraphum coniungam, qua ea quaestio disceptatur, quomodo creditor rem nunc ab antea absoluto possessam habiturus sit.

Aliam tamen interpretationem vir clar. Ribbentrop ⁶⁾, qui diligenter ac verbose in hanc legem inquisivit, hisce verbis proposuit: »creditor hypothecaria actione egit, et postquam hypotheca ipsi adiudicata erat, possessor neque pecuniam solvens, neque pos-

6) L. l. p. 55. Praetermitto alias interpretationes, quas apud Ribbentrop l. l. collatas habes. Vix enim operae pretium facerem, si tales interpretationes per se parum idoneas refellerem. Similiter quoque, ut unum tantum laudem, Westphal (Versuch einer systematischen Erläuterung der sämmtl. röm. Gesetze v. Pfandr. Leipzig 1770. p. 133.) loquitur de actione quadam hypothecaria iudicati.

sessionem restituens, creditore ut manu militari res ad se transferretur non rogante, ex praecepto formulae ad pecuniam condemnatus est. Iam quaerit Marcianus, si creditor hypothecam habiturus, quomodo eam nunc consequi possit. « Cui vero interpretationi haec obstare arbitror. Creditor scilicet, si a condemnato, qui neque satisdederat, neque solvendo erat, pecuniam non acceperit, statim ut res ad se transferatur rogare potest, exceptione rei iudicatae nullo modo obstante. Dolo enim possessor non restituerat, quia aliter omnimodo absolutus sit ⁷⁾).

Haec dicta sunt de unica illa replicatione, quae proprie contra rei iudicatae exceptionem locum habet. Quaeritur autem, an aliae etiam replicationes actoribus in quibuscunque actionibus comparentur. Iam enim supra vidimus, vetus iuris fuisse principium, rebus iudicatis omnimodo standum esse; quo efficitur, ut rationum, quibus exceptio iniqua fiat, haud multae inveniri possint. Quod vero quum perspicuum sit ad disputationem magis de ipsa re iudicata, quam de exceptione nostra pertinere, copiosius hoc loco de ea disserere non licet, sed tantum ea, quae imprimis de hac re observanda sunt, paucis attingam. Quibusdam enim ex causis praetor contra rei iudicatae exceptionem doli replicatione actori opitulabatur; quod maxime fiebat, si dolo adversarii actor in priore iudicio esset deceptus ⁸⁾), ubi vice versa ipse reus contra iu-

7) L. 68. D. de rei vind.

8) L. 25. D. de dolo malo. L. 46. §. 5. D. de administr. tut.

dicati actionem doli usus esset exceptione ⁹⁾. Sed generalis etiam doli replicatio in quibusdam speciebus generalis doli exceptionis instar ¹⁰⁾ actori comparata esse videtur, si iudex satis aptam adesse causam cognovisset ¹¹⁾. Videlicet eiusmodi exemplum in L. 11. pr. D. h. t. exstat. Mater filii impuberis defuncti bona vindicavit, quia rupto patris testamento neminem substitutum esse putabat, et, non rupto testamento, victa est. Postea apertis pupillaribus tabulis, pupillo neminem esse substitutum apparuit, et matri hereditatem rursus petenti exceptio rei iudicatae obiecta est. Fuit enim iusta haec exceptio, quia illa causa, qua iterum mater agebat, in priore iudicio iam aderat, ideoque, ut supra vidimus, in prius iudicium deducta videbatur. Sed causa cognita iudex iniquum habuit, si mater hereditatem, quae revera ad eam pertineret, ex solo errore amitteret. Succurrit igitur ei per doli replicationem, quia adversarius, obiecta iusta rei iudicatae exceptione, in hac specie dolum fecisse videbatur. Ulpianus quidem ipsius doli replicationis in lege mentionem non fecit; neque vero dubitem, quin verba, »succurrendum erit ei,« ad hanc spectent replicationem, ut ex aliis legibus apparet ¹²⁾.

9) L. 9. D. de except. doli.

10) L. 2. §. 5. D. eod.

11) Cf. etiam L. 2. D. h. t.

12) L. 25. D. de dolo malo.

Hübbe, Wilhelm,

De exceptione rei iudicatae diss. inaug

Jenae 1827

Diss. 826,3

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11020627-2